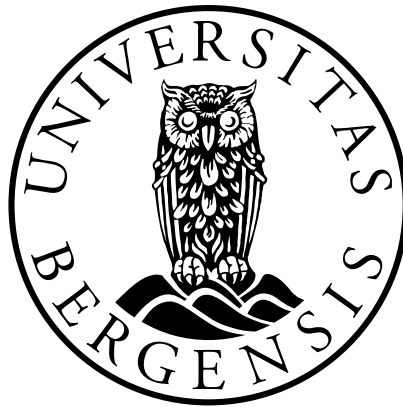


# Adgangen til å fengsle barn

## *Straffutmålingen ved straffbare handlinger voldt av mindreårige barn*

Kandidatnummer: 129

Antall ord: 12 311



JUS399 Masteroppgave  
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10. mai



# Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse .....	2
1 Innledning.....	4
1.1 Tema og problemstilling.....	4
1.2 Presiseringer og avgrensninger.....	5
1.3 Den videre fremstillingen .....	6
2 Straffebegrepet og straffartene .....	7
2.1 Hva er straff? .....	7
2.2 De ulike formene for straff .....	8
2.3 Frihetsberøvende reaksjonsformer .....	8
2.4 Frihetsinnskrenkende reaksjonsformer.....	9
2.4.1 Fellestrekk ved de frihetsinnskrenkende reaksjonsformer .....	9
2.4.2 Nærmere om samfunnsstraff .....	10
2.4.3 Nærmere om ungdomsstraff.....	11
3 Straffens begrunnelse .....	13
3.1 Introduksjon.....	13
3.2 Straffens rolle for å sikre individvern.....	13
3.3 Hvorfor straffer vi?.....	14
3.3.1 Innledning.....	14
3.3.2 De absolutte straffeteorier .....	14
3.3.3 De relative straffeteorier.....	15
3.4 Bruk av ubetinget fengsel overfor barn .....	18
3.4.1 Innledning.....	18
3.4.2 Barns skyldene .....	19
3.4.3 Straffens begrunnelse overfor barn .....	19
4 Alminnelige utgangspunkter under straffutmålingen.....	23

4.1	Introduksjon.....	23
4.2	Legalitetsprinsippet .....	23
4.3	Skyldprinsippet.....	24
4.4	Prejudikat og normalstraff .....	25
4.5	Begrenset bruk av fengselsstraff overfor mindreårige .....	26
4.6	Alder som en formildende omstendighet.....	27
5	Barnekonvensjonen .....	29
5.1	Grunnlovens vern av menneskerettighetene.....	29
5.2	Forholdet mellom Barnekonvensjonen og nasjonal rett .....	30
5.3	Hensynet til barnets beste .....	32
5.4	Fengsel som en siste utvei .....	35
6	Den nedre grense for bruk av ubetinget fengsel.....	37
6.1	Formålet bak straffen må ikke tale mot en reaksjon i frihet.....	37
6.2	Spenning mellom allmennprevensjon og barnets beste.....	40
6.3	Typiske sakskompleks hvor allmennprevensjon kan bli avgjørende .....	41
6.4	I hvilken utstrekning kan barn dømmes til ubetinget fengsel?.....	43
	Litteraturliste .....	45

# 1 Innledning

## 1.1 Tema og problemstilling

Temaet for denne avhandlingen er i hvilken utstrekning barn kan dømmes til ubetinget fengsel. Ubetinget fengsel er en frihetsberøvende reaksjonsform. Dette innebærer at lovbyteren i en tidsperiode mister retten til å råde over egen frihet. En slik frihetsberøvende reaksjonsform er meget inngripende. Inkapasitering av unge kriminelle kan få store ringvirkninger og skal i størst mulig grad unngås.

I norsk rett gjelder per i dag ikke noe absolutt forbud mot bruk av ubetinget fengselsstraff overfor barn. Terskelen for å bli dømt til ubetinget fengsel er høyere for barn enn for voksne. Der gjerningspersonen er voksen, er ofte spørsmålet for retten hvor lang fengselsstraff vedkommende skal få. Når barn skal straffes, blir derimot diskusjonstemaet om bruk av en annen straffart kan utgjøre en tilstrekkelig og forholdsmessig reaksjon. Valg av reaksjonsform kan få store konsekvenser for barnets utvikling og fremtid.

Det skilles mellom frihetsberøvende og frihetsinnskrenkende reaksjonsformer. En frihetsinnskrenkende straffart vil være mindre inngripende enn en frihetsberøvende. Ved bruk av frihetsinnskrenkende reaksjonsformer har den domfelte i større grad anledning til å bevege seg fritt, men med enkelte begrensninger. I Norge kan barn dømmes til samfunnsstraff og ungdomsstraff. Begge straffartene er frihetsinnskrenkende og vil derfor være mindre inngripende enn å sone i fengsel. Målet er at unge lovbytere så langt det lar seg gjøre skal idømmes frihetsinnskrenkende reaksjonsformer.

Barn er som regel mer sårbare enn voksne, og de kjenner sjelden til sine rettigheter. Unge lovbytere kan være barn som allerede er i en utsatt posisjon mht. mangel på ressurspersoner og dermed mangel på omsorg.<sup>1</sup> Et dårlig utgangspunkt fritar ikke et barn for straffansvar.<sup>2</sup> Å utsette barn som allerede har et dårlig utgangspunkt for en inngripende fengselsstraff, vil lett kunne medføre store skadevirkninger.

---

<sup>1</sup> Jfr. Innst. 83 L (2011-2012) side 3

<sup>2</sup> Jfr. ibid. side 3

Unge lovbrøyttere har sjelden anledning til å stå opp for seg selv og fremme sine egne interesser. Barn har særlige behov og det er nødvendig å se nærmere på barnets rettslige stilling i strafferettssystemet. Det er viktig at samfunnet for øvrig har et bevisst forhold til når staten har anledning til å fengsle barn, og om den rettslige standarden er forsvarlig.

Fremstillingen skal belyse hvordan straffutmålingen utspiller seg når gjerningspersonen er et barn. Oppgaven vil se nærmere på når domstolen har anledning til å fastsette en fengselsdom og når domstolen i stedet må velge en mildere reaksjonsform. Det omstridte er den nedre grensen for bruk av fengsel. Det vil da være naturlig å fastsette i hvilken utstrekning frihetsinnskrenkende reaksjoner er tilstrekkelig for å ivareta straffens formål. Dette på en slik måte at en fengselsstraff i utgangspunktet utelukkes overfor barn.

Både nasjonal og internasjonal lovgivning setter skranker for domstolens reaksjonsskjønn under straffutmålingen. Herunder gir Grunnloven, Barnekonvensjonen og straffeloven viktige bidrag. For å fastlegge i hvilken utstrekning domstolen kan idømme barn ubetinget fengsel, anvendes det i denne avhandlingen rettsdogmatisk metode.

## **1.2 Presiseringer og avgrensninger**

Avhandlingen skal belyse i hvilken utstrekning «barn» kan idømmes en ubetinget fengselsdom. Hvem som er å anse som et barn, må ses i sammenheng med Barnekonvensjonen art. 1. Konvensjonen bruker uttrykket om ethvert menneske under 18 år. Videre er den kriminelle lavalder i Norge på 15 år, jfr. strl. § 20 første ledd bokstav a. Barn som er under 15 år på gjerningstidspunktet kan ikke ilegges noe straffansvar, og barnevernets plikter overfor barn under 15 år faller dermed utenfor oppgaven. Når uttrykket «barn» brukes i den videre avhandlingen refereres det til personer i aldersgruppen 15 til 17 år.

Fremstillingen omhandler selve reaksjonsfastsettelsen. Det forutsettes dermed at det foreligger en kriminalisert handling i lovs form som er overtrådt. Dette innebærer at de ulike vilkårene for straff er oppfylt, og at det foreligger et straffansvar. Oppgaven avgrenser seg mot selve kriminaliseringsprosessen og de ulike straffrihetsgrunnene. Videre faller også reglene om barns rettigheter under straffegjennomføringen utenfor oppgavens problemstilling.

For å belyse i hvilken utstrekning barn kan dømmes til ubetinget fengsel vil avhandlingen gå nærmere inn på de frihetsberøvende og frihetsinnskrenkende reaksjonsformene i strl. § 29. Ettersom problemstillingen omhandler den nedre grense for bruk av fengsel vil straff i form av fengsel, ungdomsstraff og samfunnsstraff bli behandlet i denne avhandlingen. Straff i form av forvaring, bot og rettighetstap aktualiserer egne omfattende problemstillinger, men faller utenfor denne oppgavens tema og vil ikke bli drøftet.

## **1.3 Den videre fremstillingen**

Fremstillingen består av seks kapitler. I kapittel 2 er straffebegrepet gjort rede for. I den forbindelse blir innholdet i og rettsgrunnlaget for de ulike straffartene presentert. Avhandlingens kapittel 3 tar for seg straffens begrunnelse på et generelt plan og straffens begrunnelse spisset inn mot barn. Her dannes en bærebjelke som blir viktig å ha med seg i den videre fremstillingen. Drøftelsen omkring de hensyn som legitimerer bruken av straff er essensiell under straffutmålingen.

Den videre fremstillingen fokuserer på selve reaksjonsfastsettelsen. Kapittel 4 går inn på de generelle prinsipper som gjør seg gjeldende under straffutmålingen. Som vi skal se nærmere på under kapittel 5 kommer Barnekonvensjonen inn som en sentral rettskildefaktor under straffutmålingen. I dette kapitlet vil de særlige problemstillinger som oppstår i forbindelse med tolkning av Grunnloven og våre folkerettslige forpliktelser drøftes. Helt til slutt trekkes alle tråder sammen i kapittel 6, hvor den nedre grensen for bruk av fengsel drøftes.

## 2 Straffebegrepet og straffartene

### 2.1 Hva er straff?

Straff er samfunnets sterkeste virkemiddel mot uønsket atferd<sup>3</sup>. Virkemiddelet er det mest inngripende tiltaket staten kan foreta seg overfor enkeltindivider. Av den grunn er strafferetten strengt regulert. Herunder fastsetter Grunnlovens § 96 at «[i]ngen kan dømmes uten etter lov, eller straffes uten etter dom». Bestemmelsen knesetter det strafferettslige legalitetsprinsippet og tydeliggjør at straff bare kan ilegges av domstolene.<sup>4</sup>

Ordlyden i Grl. § 96 gir ingen nærmere veiledning om hva som skal regnes som straff. Begrepets omfang vil være avgjørende for de rettigheter og plikter som gjelder for de involverte parter. Under rettergangen i straffesaker gjør rettssikkerhetshensyn seg sterkt gjeldende, og etterlevelse av hensynene skal bidra til å sikre en rettferdig rettergang etter EMK art. 6.<sup>5</sup>

Andenæs definerte straff slik;

«Straff er et onde som staten tilføyer en lovovertreder på grunn av lovovertreddelsen, i den hensikt at han skal føle det som et onde».<sup>6</sup>

Denne definisjonen har fått oppslutning i juridisk teori, ulike forarbeider og rettspraksis.<sup>7</sup> Det er alminnelig antatt at definisjonen danner et utgangspunkt for vurderingen av hva som ligger i straffebegrepet i Grunnloven.<sup>8</sup>

Grunnloven og EMK aktualiserer to straffebegrep av ulik rekkevidde. Rekkevidden av straffebegrepet vil være avgjørende for når legalitetsprinsippet kommer til anvendelse og setter skranker for statens maktanvendelse. Straffebegrepet i EMK art. 6 er videre enn det som

---

<sup>3</sup> Jfr. NOU 2003: 15 side 52

<sup>4</sup> Legalitetsprinsippet i sin alminnelighet fremgår av Grl. § 113. Lovkravet som fremgår av Grl. § 96 setter strengere krav til hjemmelsgrunnlag ved bruk av straff.

<sup>5</sup> Herunder har man det strenge beviskravet i straffesaker, prinsippet om uskyldspresumpsjon, prinsippet om kontradiksjon, prinsippet om bevisumiddelbarhet og prinsippet om muntlighet. Se nærmere om rettssikkerhet og prinsippet om rettferdig rettergang i Rui 2014.

<sup>6</sup> Jfr. Andenæs mfl. 2016 side 9

<sup>7</sup> Jfr. Rt-1977-1207 side 1209 og NOU 2003: 15 side 54

<sup>8</sup> Jfr. NOU 2003: 15 side 54



følger av intern norsk rett og omfatter blant annet administrative sanksjoner.<sup>9</sup> Hva som faller inn under straffebegrepet i EMK art. 6 avgjøres ut ifra en helhetsvurdering av normens karakter og sanksjonens innhold og alvor.<sup>10</sup> Om sanksjonen er klassifisert som straff i nasjonal rett vil også være et sentralt moment.<sup>11</sup>

I straffeloven § 29 gis det en samlet oversikt over de strafferettslige reaksjoner som regnes som straff i nasjonal sammenheng. Både fengselsstraff, ungdomsstraff og samfunnsstraff er opplistet i strl. § 29, og det er ubestridt at disse reaksjonsformene faller inn under straffebegrepet i begge regelsettene.

## **2.2 De ulike formene for straff**

Straffeloven § 29 lister opp de ulike formene for straff. Et fellestrekk ved reaksjonsformene er at formålet er å formidle en offentlig, formalisert klander for en begått forbrytelse.<sup>12</sup> Det er flere forskjeller mellom de ulike reaksjonsformene. Dette både med hensyn til hvor inngripende reaksjonene er ment å være, samt deres karakter og formål.

Når fremstillingen skal søke å belyse adgangen til å fengsle barn, er det vesentlig å redegjøre kort for både de frihetsberøvende- og frihetsinnskrenkende reaksjonsformene. Dette fordi anvendelsesområdet for bruk av fengsel overfor mindreårige ikke er positivt avgrenset i loven og må ses i sammenheng med anvendelsesområdet for de øvrige reaksjonsformene.

## **2.3 Frihetsberøvende reaksjonsformer**

I norsk rett har man to former for frihetsberøvende reaksjonsformer; fengsel og forvaring.<sup>13</sup> En frihetsberøvende reaksjonsform er meget inngripende overfor den domfelte, og rammer den personlige frihet ved at den domfelte sperres inne i en fengselsanstalt.<sup>14</sup> Den innsatte holdes da adskilt fra samfunnet og har begrenset bevegelsesfrihet. Samtidig blir adgangen til kontakt med venner og familie begrenset.

---

<sup>9</sup> Jfr. HR-2015-1757-A avsnitt 48

<sup>10</sup> Jfr. HR-2012-1228-A avsnitt 19. Ytterligere om straffebegrepet i EMK og de momenter som gjør seg gjeldende fremgår av EMD-praksis, se bl.a. Engel mot Nederland om de såkalte Engel-kriteriene.

<sup>11</sup> Jfr. HR-2012-1228-A avsnitt 19

<sup>12</sup> Jfr. Gröning mfl. 2016 side 609

<sup>13</sup> Jfr. strl. § 29 bokstav a og b

<sup>14</sup> Jfr. Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) side 250

I motsetning til forvaring er fengselsstraffen en tidsbestemt straff som idømmes for en fastsatt tid.<sup>15</sup> Den norske straffeloven har ingen generell bestemmelse for når en fengselsstraff kan idømmes. Lovens system er oppbygd slik at fengsel kan brukes når det enkelte straffebudet åpner for det, jfr. strl. § 31 første ledd.

Fengselsstraffen kan være betinget eller ubetinget. En ubetinget dom innebærer at domfelte må sone straffen i fengsel. Er dommen betinget, innebærer det at fullbyrdingen av dommen helt eller delvis kan utsettes.<sup>16</sup> Domfelte slipper da å sone straffen, mot at han ikke begår nye lovbrudd i prøvetiden.<sup>17</sup> Av denne grunn er en betinget fengselsdom i utgangspunktet en frihetsinnskrenkende reaksjonsform. I Norge er fengselsstraffen den straffart som rammer den domfelte hardest og vil av de fleste bli opplevd som et betydelig onde.<sup>18</sup>

## **2.4 Frihetsinnskrenkende reaksjonsformer**

### **2.4.1 Fellestrekk ved de frihetsinnskrenkende reaksjonsformer**

Utgangspunktet i norsk rett er at frihetsberøvende reaksjoner skal være siste utvei overfor unge lovbrøyttere.<sup>19</sup> I lovgivningsprosessen har det ved flere anledninger blitt fremmet et ønske om hyppigere bruk av frihetsinnskrenkende straffarter.<sup>20</sup> For at dette ønske skal kunne realiseres er det nødvendig å ha alternative og mindre inngripende reaksjonsformer tilgjengelig. I norsk strafferett har man samfunnsstraff og ungdomsstraff, som begge er frihetsinnskrenkende på ulike måter, jfr. strl. § 29 bokstav c og d.

Straffartene kjennetegnes ved at den domfelte beholder sin bevegelsesfrihet, men at denne blir begrenset. Domfelte må samtykke og ha bosted i Norge for å ilegges begge reaksjonsformene.<sup>21</sup> Samtykket er viktig fordi gjennomføringen av straffartene vil være avhengig av at den domfelte er motivert til å nedlegge den innsats som trengs.<sup>22</sup> Det skal videre fastsettes en subsidiær fengselsstraff ved dom på både samfunnsstraff og

---

<sup>15</sup> Jfr. strl. § 31(3) 1.pkt

<sup>16</sup> Jfr. strl. § 34(1) 1.pkt

<sup>17</sup> Jfr. strl. § 34(3) 1.pkt

<sup>18</sup> Se NOU 1983: 57 side 184 og Gröning mfl. 2016 side 612

<sup>19</sup> Jfr. strl. § 33 og BK art. 37 bokstav b

<sup>20</sup> Jfr. Innst. O. nr. 72 (2004-2005) side 24 og Prop. 135 L (2010-2011) side 102 og 114

<sup>21</sup> Jfr. strl. § 48(1) bokstav c og § 52a(1) bokstav c

<sup>22</sup> Samtykke er også essensielt for at gjennomføring av samfunnsstraff ikke skal være i strid med forbudet mot tvangsarbeid i EMK art. 4 nr. 2. Se Fornes 2018 side 282.

ungdomsstraff.<sup>23</sup> Dersom domfelte ikke overholder de krav som oppstilles for gjennomføringen av straffen, kan det resultere i at den subsidiære fengselsstraffen må fullbyrdes i fengsel.

#### **2.4.2 Nærmere om samfunnsstraff**

Samfunnsstraff kan idømmes i stedet for fengselsstraff når de kumulative vilkårene i strl. § 48 første ledd er oppfylt. Uttrykket «samfunnsstraff kan idømmes i stedet for fengselsstraff» innebærer at det må være overtrådt et straffebud som gir hjemmel for fengselsstraff. Ifølge bestemmelsens første ledd bokstav a kan samfunnsstraff være aktuelt der det ellers ikke ville blitt idømt strengere straff enn fengsel i ett år. Det er da den konkrete straffutmålingen for en forbrytelse som vil være avgjørende, ikke straffebudets strafferamme.

Etter straffelovens § 48 bokstav b må hensynet til straffens formål ikke tale mot en reaksjon i frihet. Samfunnsstraffen skal gjenspeile forbrytelsens alvor. Ved alvorlige krenkelser av individers liv, helse og frihet, vil typisk hensynet til straffens formål tale mot en reaksjon i frihet.<sup>24</sup> I slike saker gjør allmennpreventive hensyn seg sterkt gjeldende og medfører at retten bør være tilbakeholden med å idømme samfunnsstraff.<sup>25</sup> Drøftelsen av om straffens formål taler mot en reaksjon i frihet kan være omfattende og blir i mange tilfeller avgjørende for om det er grunnlag for å fengsle barn.<sup>26</sup>

Unge lovovertredere kan idømmes samfunnsstraff i større grad en voksne, jfr. strl. § 48 andre ledd. Bestemmelsen innebærer at det kan gjøres unntak fra ettårsregelen i første ledd. Ettårsregelen kan fravikes når gjerningspersonen er et barn og når det samtidig foreligger sterke grunner som taler for en slik fravikelse. Det fremkommer tydelig av forarbeidene at hensynet til lovbrüterens alder kan utgjøre «sterke grunner».<sup>27</sup> Dette henger sammen med at straffens begrunnelse utarter seg på en annen måte når gjerningspersonen er et barn.<sup>28</sup> Av denne grunn blir samfunnsstraffen særlig aktuell overfor unge lovbrüterer. Straffeformen er en hensiktsmessig straffereaksjon som kan være krevende å gjennomføre.

---

<sup>23</sup> Jfr. strl. § 49 bokstav b og § 52 b bokstav b

<sup>24</sup> Se Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) side 296

<sup>25</sup> Jfr. NOU 2008: 15 side 77

<sup>26</sup> Se nærmere om drøftelsen av strl. § 48(1) bokstav b under punkt 6.1

<sup>27</sup> Jfr. Prop. 135 L (2010-2011) side 97

<sup>28</sup> Se nærmere om straffens begrunnelse overfor barn under punkt 3.4.3

Samfunnsstraffen er en streng reaksjon som er egnet til å motvirke at unge lovbytere begår nye lovbrudd.

Domstolen skal utmåle samfunnsstraffen til et gitt antall timer.<sup>29</sup> Gjennomføringen av samfunnsstraffen fastlegges av kriminalomsorgen og reguleres av straffegjennomføringsloven kapittel 5.<sup>30</sup> Straffen går i utgangspunktet ut på å gjøre samfunnsnyttig tjeneste.<sup>31</sup> Ved å gjøre samfunnsnyttig tjeneste får den straffedømte en mulighet til å ta ansvar og gjøre opp for seg.<sup>32</sup>

### **2.4.3 Nærmere om ungdomsstraff**

Ungdomsstraffen ble innført i 2014 fordi det var behov for en ny straffereaksjon tilrettelagt for mindreårige. Straffarten er en alternativ straffeform for unge lovbytere og skal tilpasses hvert enkelt barn.

Ungdomsstraff kan idømmes gjerningspersonen i stedet for fengselsstraff når vilkårene i strl. § 52a er oppfylt. Herunder må gjerningspersonen ha begått alvorlig eller gjentatt kriminalitet og være under 18 år på gjerningstidspunktet. Videre må hensynet til straffens formål ikke med tyngde tale mot en reaksjon i frihet. Med dette trekkes en øvre grense for bruk av ungdomsstraff mot tilfeller som skal møtes med ubetinget fengsel.<sup>33</sup>

Den nye reaksjonsformen ble utformet særlig med tanke på å avlaste bruken av ubetinget fengsel overfor barn.<sup>34</sup> I Prop. 135 L (2010-2011) ble det på side 109 understreket at hensikten med å innføre straffereaksjonen var å skape et reelt alternativ til ubetinget fengsel ved alvorlig eller gjentatt kriminalitet. Formuleringen «... ikke med tyngde ...»<sup>35</sup> gir uttrykk for en egnethetsvurdering, hvor terskelen ligger høyt for å idømme barn fengselsstraff.<sup>36</sup> Det må foretas en skjønnsmessig helhetsvurdering hvor straffens begrunnelse blir sentral og hensynet til barnets beste kommer inn som et tungtveiende moment.<sup>37</sup>

---

<sup>29</sup> Jfr. strl. § 49(1) bokstav a

<sup>30</sup> Jfr. strgjfl. § 53(2)

<sup>31</sup> Jfr. strgjfl. § 53(1) bokstav a

<sup>32</sup> Se Mæland 2012 side 289

<sup>33</sup> Jfr. Prop. 135 L (2010-2011) side 164

<sup>34</sup> Se Innst. 83 L (2011-2012) side 3 og Prop. 135 L (2010-2011) side 109 og 115

<sup>35</sup> Jfr. strl. § 52a bokstav d

<sup>36</sup> Jfr. Fornes 2018 side 313

<sup>37</sup> Jfr. Prop. 135 L (2010-2011) side 115. Se nærmere om denne drøftelsen under punkt 6.1.

Ungdomsstraffen fastsettes til en gjennomføringstid på mellom 6 måneder og 3 år.<sup>38</sup> Straffarten bygger på prinsippene for såkalt «restorative justice». Dette innebærer at ungdomsstraffen er en gjenopprettende prosess hvor domfelte møter de berørte partene i et ungdomsstormøte. Samtidig utarbeides det en ungdomsplan som skal bidra til å forebygge ny kriminalitet. Ungdomsplanen kan innebære kriminalitetsforebyggende tiltak i forbindelse med rusprogram, sinnemestringskurs og medisinsk behandling.

Ungdomsstraff er godt egnet for barn som fortsatt er i utvikling fordi de har et særskilt potensiale for endring.<sup>39</sup> Barn skiller seg fra voksne ved at de har et lovfestet krav på omsorg. Ungdomsstraff skal gjennom tett oppfølging bidra til å styrke barnets ressurser, og samtidig styrke den unges vilje til å ta et oppgjør med egen kriminalitet.<sup>40</sup> Straffarten skal gjennom sosial kontroll erstatte fengselets fysiske kontroll.

---

<sup>38</sup> Jfr. strl. § 52b(1) bokstav a

<sup>39</sup> Jfr. Innst. 83 L (2011-2012) side 3

<sup>40</sup> Jfr. ibid. side 3

## 3 Straffens begrunnelse

### 3.1 Introduksjon

I det foregående er det redegjort for hva straffebegrepet innebærer og de ulike formene for straff som gjør inngrep i den enkeltes bevegelsesfrihet. Det neste spørsmålet blir da hvordan kan straffen begrunnes og hvorfor har man strafferetten.

Ved å klarlegge hvordan straffen kan legitimeres ser man hvilke hensyn som med gyldighet kan anvendes i strafferettslig argumentasjon. Strafferettens begrunnelse er et viktig bakteppe ved lovtolkningen og blir sentral både i forbindelse med kriminaliseringsprosessen og straffutmålingen. Den allmenne rettsoppfatning om hvilke strafferettslige hensyn som kan legitimeres og vektlegges, får også betydning for strafferettens utforming til enhver tid. Eksempelvis ble dødsstraffen fullstendig avskaffet i Norge i 1979 fordi synet på straffartens hensiktsmessighet, humanitet og rettferdighet over tid har endret seg. Denne utviklingen ble også tydeliggjort under grunnlovsreformen i 2014, da Grl. § 93 første ledd ble revidert slik;

«[e]thvert menneske har rett til liv. Ingen kan dømmes til døden.»

### 3.2 Straffens rolle for å sikre individvern

Norsk strafferett bygger på ideene om enkeltindvidenes frihet, menneskeverd og likhet. Disse grunnpremissene kommer tydelig til uttrykk i Grunnlovens kapittel E og gjenspeiler seg i Menneskerettighetskonvensjonen sin sentrale rolle i norsk rett. Grunnpremissene bygger videre på FN-erklæringen om menneskerettigheter artikkel 1, som lyder;

«[a]lle mennesker er født frie og med samme menneskeverd og menneskerettigheter. De er utstyrt med fornuft og samvittighet og bør handle mot hverandre i brorskapets ånd.»

Borgerne skal kunne leve fritt og uten frykt for at uvedkommende skal gjøre inngrep i den enkeltes rettssfære. Enkeltindividet har rett til respekt for sin personlige integritet, eiendom og korrespondanse. Grunntanken er at ethvert menneske skal kunne gjøre det de ønsker, så lenge det er forenelig med andre menneskers frihet og rettigheter.

Strafferetten bygger på en tanke om at staten skal sikre borgernes grunnleggende rettsgoder mot krenkelser. Staten har en positivt forankret sikreplikt i Grunnloven § 92 og EMK artikkel 1. Sikreplikten pålegger staten å respektere og sikre menneskerettighetene. Straffen blir statens sterkeste virkemiddel mot uønsket atferd, og sikreplikten medfører en plikt for staten til å påse at det foreligger et effektivt strafferettsapparat. Dette innebærer at handlinger som krenker andres menneskerettigheter skal kriminaliseres, og at den som krenker andres menneskerettigheter skal stilles til ansvar og straffes. Dette forutsetter et effektivt og velfungerende rettssystem som rent faktisk effektuerer straffansvaret og gjennomfører de idømte straffer. Slik sett blir ansvarlighet frihetens nødvendige motstykke.

### **3.3 Hvorfor straffer vi?**

#### **3.3.1 Innledning**

Det kan grovt sett skilles mellom to ulike teorier som søker å gi svar på hvorfor vi straffer. Man har de absolutte straffeteorier som begrunner bruken av straff med represjon og rettferdighetsbetraktninger. Teoriene ser på fortiden og begrunner bruken av straff med at en rettferdig og forholdsmessig gjengjeldelse av den krenkende handling er nødvendig og moralsk berettiget. Motstykket er de relative straffeteorier som tar sikte på å forhindre fremtidige krenkelser i å skje. De relative straffeteorier anser ikke straffen i seg selv som et mål, men heller som et middel for å unngå uønsket atferd i fremtiden.

#### **3.3.2 De absolutte straffeteorier**

Straff som gjengjeldelse har lange tradisjoner. Gjengjeldelsesstraffen kan sies å være et utslag av et moralsk prinsipp som går ut på at enhver skal få det han fortjener. «Som et menneske sår skal det høste.»<sup>41</sup> Den kriminelle skal få den skjebne han fortjener.

Tidligere ble straff brukt ut fra en tankegang som bygger på gjengjeldelse i form av hevn. I dag har denne tilnærmingen liten legitimitet.<sup>42</sup> De siste tiår har gjengjeldelse i form av rettferdighetstenkning satt sine spor på den norske kriminalpolitikk. I Kriminalmeldingen fra 1978 fremkom det at «[k]ravet til rettferd utgjør også en selvstendig begrunnelse for straff og

---

<sup>41</sup> Jfr. Andenæs 1996 side 12

<sup>42</sup> Jfr. NOU 2003: 15 side 48

for fastsettelse av straffens størrelse».<sup>43</sup> De absolutte straffeteorier bygger på en tanke om at normbrudd skal møtes med en forholdsmessig og rettferdig motreaksjon. Rettferdigheten må skje og skylden skal sones, dette er alminnelig akseptert og nødvendig i et samfunnsperspektiv.

Staten må reagere med en forholdsmessig straff på et normbrudd for å opprettholde den sosiale ro. Straffen er viktig for å unngå at privatpersoner tar ansvaret i egne hender og derved tyr til privat rettshåndhevelse. For å unngå privat rettshåndhevelse må staten påtale og iretteføre handlinger som ikke er allment akseptert. Iretteføring av rettsstridige handlinger er nødvendig for at rettsapparatet skal opprettholde folkets tillitt. Allmennheten har et behov for å føle at «rettferdigheten skje fyllest». Mange opplever det som lettere å forsone seg med å være offer for en forbrytelse dersom gjerningspersonen straffes.<sup>44</sup> Staten får derved en moralsk rett og plikt til å straffeforfølge lovbrudd. Forholdsmessighet mellom straff og forbrytelse er av den grunn et grunnleggende prinsipp i norsk strafferett.

### **3.3.3 De relative straffeteorier**

I Norge er det de relative straffeteorier som har dominert i en årrekke. Her står nyttevirkingen ved straffen i fokus. Straffens formål blir å styre atferd og derved forhindre fremtidige krenkelser i å skje. Slik sett er forebygging av uønsket atferd – prevensjon – straffens overordnede formål. Straffen blir et middel for å skape lovlydighet i samfunnet og slik kan straffen bidra til en ønskelig sameksistens ut ifra de gjeldende verdiprioriteringer. Det er naturlig å dele de forebyggende nyttevirkningene av straffen inn i allmennprevensjon og individualprevensjon.

Allmennprevensjon retter seg mot allmennheten og tar sikte på kriminalitetsforebygging på samfunnsnivå. Teoriene innebærer at straffetrusselen som sådan kan motvirke nye lovbrudd. En kriminalisert handling som er straffesanksjonert kan virke avskrekkende, moraldannende og over tid vanedannende.

En avskrekkende effekt oppnås gjennom selve trusselen om straff. Det at det foreligger en straffetrussel som ved overtredelse kan straffeforfølges av det offentlige, kan påvirke den enkelte sin handlemåte. Dette forutsetter at straffetrusselen er offentlig kjent.

---

<sup>43</sup> Kriminalmeldingen 1978 side 31

<sup>44</sup> Jfr. NOU 2003: 15 side 50



Straffens avskrekkende effekt vil variere alt etter hvordan befolkningen vurderer oppdagelsesrisikoen og straffens strenghet. Det oppstår en risikovurdering hvor den potensielle lovbrysteren kan velge å avstå fra kriminell virksomhet fordi det er en reell risiko for at lovbruddet vil bli straffeforfulgt. Risikoen kan fremstå som større når det blir offentlig kunngjort i media at visse typer lovbrudd irtetteføres og straffen rent faktisk fullbyrdes. På denne måten får den enkelte inntrykk av at straffetrusselen ikke bare er tomme ord.

Straffen kan videre virke moralskapende og slik sett motvirke lovbrudd. Det er en nær sammenheng mellom straff og moral. Når et handlingsmønster blir kriminalisert og straffesanksjonert, kan det få en moraldannende effekt og samtidig skape en etisk bevissthet omkring normbruddet. På denne måten kan straffen påvirke befolkningens innstilling og danne nye holdninger i samfunnet. Dersom straffen får en avskrekkende og moraldannende effekt, kan det på sikt få en vanedannende effekt slik at loven følges uten bevisste overveielser.

I de tilfeller hvor straffen får en avskrekkende, moralskapende eller vanedannende effekt oppnås det en allmennpreventiv virkning. Allmennprevensjonens legitimitet i juridisk argumentasjon er omstridt i litteraturen.<sup>45</sup> Det vil i praksis være vanskelig å overprøve om straffen rent faktisk har slike allmennpreventive virkninger. Straffens allmennpreventive virkning kan variere fra person til person og kan være vanskelig å måle. Det påstås at enkelte mennesker har et innebygd moralsk kompass som er uimottagelig mot påvirkning. Påstanden kan neppe overprøves, da det ikke vil være aktuelt å avskaffe strafferettssystemet for å teste om flere mennesker vil begå rettsstridige handlinger. På grunn av dette kan det være kritisk å straffe en gjerningsperson utelukkende under henvisning til straffens allmennpreventive effekt.

Individualprevensjon retter seg mot de virkninger straffen kan ha på gjerningspersonen. Siktemålet med de individualpreventive virkninger er å forhindre at gjerningspersonen skal begå ny kriminalitet. Straffen kan ha en avskrekkende, uskadeliggjørende og rehabiliterende effekt overfor det straffede individet.

En side av straffens individualpreventive virkninger er at den kan virke avskrekkende for lovbrysteren. Under straffegjennomføringen får gjerningspersonen kjenne på kroppen hva straffen innebærer. Slik kan lovbrysteren forstå hva som er konsekvensene av å begå

---

<sup>45</sup> Se bl.a. Jacobsen 2004a, Jacobsen 2004b, Coward 2015 og Andenæs mfl. 2016 side 85

normbrudd og hva straffen som et onde innebærer i praksis. Målet er at når vedkommende får kjenne på kroppen hva straffen innebærer, vil straffegjennomføringen medføre et ønske om å komme på bedre spor i livet og ikke havne i samme posisjon på nytt.

Straffen kan videre virke uskadeliggjørende og slik sett ha en individualpreventiv virkning overfor lovbryteren. Under selve straffegjennomføringen får straffen en inkapasiterende virkning. Når lovbryteren stenges inne i en institusjon blir vedkommende uskadeliggjort og hindres fra å krenke andres rettigheter. Slik oppnår samfunnet et vern så lenge fengselsoppholdet varer. Bruk av fengselsstraff er blant annet begrunnet med at det kan ha en stor nytteverdi, særlig med tanke på evnen til å hindre ny kriminalitet og skape lovlydighet i samfunnet.<sup>46</sup> Fengselets rolle som en inkapasiterende institusjon kan også ivareta den straffedømtes sikkerhet, ved at gjerningspersonen skjermes fra de som måtte ha et ønske om å ta igjen for den rettsstridige handlingen.

Norsk kriminalpolitikk bærer et klart preg av at straffen skal ha en forbedrende effekt på den dømte lovbryteren. I hvert enkelt tilfelle er målet å velge den behandlingsmåte som gir størst utsikt til et bra resultat.<sup>47</sup> Det blir da nødvendig å ta hensyn til gjerningspersonens livssituasjon og forholdene for øvrig. Den kur som passer for den ene, passer ikke for den andre.<sup>48</sup>

Domstolen skal vurdere hvilken straffart som vil være best egnet overfor den tiltalte. Det essensielle blir å vurdere hvilken type straff som i størst grad vil kunne virke rehabiliterende og derved gi de beste resultater. Dette går tydelig igjen i rettspraksis. Høyesterett går konkret til verks og vurderer gjerningspersonens livssituasjon og utsiktene for forbedring.<sup>49</sup> Denne vurderingen blir særlig viktig når domstolen står overfor et barn som er i konflikt med loven. Dette gjenspeiler seg blant annet i strl. §§ 48 andre ledd bokstav b og 52a første ledd bokstav d.

Det foreligger teorier om at fengselsapparatet har en viktig rolle som en rehabiliterende institusjon. Fengslene har forskjellige opplegg som skal bidra til å få den straffedømte til å ville gjøre en livsendring og komme seg over i en bedre livsstil. Institusjonene har bl.a. arbeidstrening, skoleopplæring og rusprogram. I løpet av fengselsoppholdet er det et

---

<sup>46</sup> Jfr. NOU 1983: 57 side 185

<sup>47</sup> Jfr. Andenæs mfl. 2016 side 90

<sup>48</sup> Jfr. *ibid.* side 90

<sup>49</sup> Se nærmere om Høyesterettspraksis under punkt 3.4.3

overordnet mål at den straffedømte skal få en meningsfull progresjon. Når man ser på tilbakefallsstatistikken ser man at det er mange kriminelle som faller tilbake i gamle vaner. Det kan være vanskelig å si akkurat hva som får lovbrøytene tilbake i gamle trakter og det blir derfor vanskelig å overprøve i hvilken utstrekning fengselsoppholdet får en forbedrende virkning overfor den domfelte.

## **3.4 Bruk av ubetinget fengsel overfor barn**

### **3.4.1 Innledning**

Fengselsstraffen innebærer ofte en betydelig påkjenning for den innsatte.<sup>50</sup> Selv om målet med en straff på ubetinget fengsel er at straffen skal virke rehabiliterende, kan straffegjennomføringen medføre uheldige ringvirkninger for den domfelte. Den straffedømte blir i en lengre eller kortere periode totalt avskåret fra resten av samfunnet. Med tanke på at samfunnet er i en stadig utvikling, kan dette være nokså kritisk. For den innsatte kan det bli vanskelig å tilpasse seg samfunnet ved løslatelse.

Fengselsmiljøet kan ha en negativ innvirkning på personlighetsutviklingen til den enkelte. En fengselsstraff vil ofte virke stigmatiserende og kan medføre tap av både sosiale ferdigheter og tap av nettverk.<sup>51</sup> Etter straffegjennomføringen vil lovbrøytene typisk bli sittende igjen med et dårlig selvbilde og en bitterhet mot samfunnet.<sup>52</sup> Disse skadevirkningene av fengselsstraffen gjør seg ofte sterkt gjeldende overfor barn, da barn er sårbare og lett påvirkelige.<sup>53</sup> Et fengselsopphold kan dermed få store negative konsekvenser for barnets utvikling og fremtid.

Straffen skal gjenspeile alvoret i handlingen. Det er et overordnet prinsipp ved både straffutmålingen og ved valg av reaksjonsform at det ikke skal brukes et strengere virkemiddel enn det som er nødvendig for å skjerme samfunnet. Dette prinsippet gjør seg særlig gjeldende når lovbrøytene er et barn.

---

<sup>50</sup> Jfr. NOU 1983: 57 side 185

<sup>51</sup> Jfr. Lydvo 2007 side 33

<sup>52</sup> Jfr. Andenæs mfl. 2016 side 413

<sup>53</sup> Jfr. Lydvo 2007 side 33

Som vi skal se nærmere på i dette delkapitlet skjer det en forskyvning i de hensyn som begrunner bruk av straff når gjerningspersonen er et barn. Slik kommer barn i en særstilling til sammenlikning med voksne. Dette påvirker domstolens adgang til å idømme gjerningspersonen ubetinget fengsel. I denne sammenheng blir det essensielt å se nærmere på hvorfor barn settes i en slik særstilling. Denne redegjørelsen får betydning for den forskyvningen som skjer i hensynene.

### **3.4.2 Barns skyldevne**

Barn har normalt en lavere skyldevne enn voksne.<sup>54</sup> Med skyldevne menes den modenhet som forutsettes hos gjerningspersonen for å holde vedkommende strafferettslig ansvarlig.<sup>55</sup> Skyldevne og tilregnelighet er langt på vei et uttrykk for det samme, og handler om evnen til å la seg påvirke og ta avgjørelser ut fra motiver. Et grunnleggende vilkår for å ilegge noen et straffansvar er at de er å bebreide for et handlingsmønster. Barn kan ikke i samme utstrekning som voksne betraktes som ansvarlige og derved bebreides for sine handlinger.

Når man sammenlikner barn og voksne ser man at barn mangler de normale forutsetninger som skal til for å holdes fult ut ansvarlig. Barn er ikke ferdig utviklet og har begrenset evne til å forutse konsekvensene av sine handlinger. Det er allment akseptert at en 15-åring skal dømmes mildere enn en 20-åring, fordi vi forventer større grad av modenhet hos en 20-åring. Barn utvikles i forskjellig tempo og strafferetten bygger på en tanke om at gjerningspersonen skal ilegges en forholdsmessig reaksjon ut ifra den utviste skyld.

### **3.4.3 Straffens begrunnelse overfor barn**

Barnets lave skyldevne får betydning under domstolens straffutmåling. Barnets begrensede evne til å forutse konsekvensene av sine handlinger svekker allmennprevensjonens betydning.<sup>56</sup> Barn har ikke like lett for å la seg påvirke av en straffetrussel og da når ikke straffen sitt mål i et allmennpreventivt perspektiv. Når straffen ikke får den samme avskrekkende effekt overfor barn, kan det fremstå som urimelig og lite rettferdig å straffe et barn.

---

<sup>54</sup> Jfr. NOU 2008: 15 side 23

<sup>55</sup> Jfr. Andenæs mfl. 2016 side 288

<sup>56</sup> Jfr. NOU 2008: 15 side 23

De individualpreventive hensyn gjør seg tvert imot sterkt gjeldende under straffutmålingen overfor unge lovbyggere. I ungdomstiden er barn i en særlig sårbar posisjon som danner grunnlaget for den videre livsførsel. Barnet skal lære seg hva det innebærer å bli voksen og særlig utvikle en forståelse av hvordan samhandling med andre mennesker skal foregå. Det kan dermed være svært problematisk å ilegge barn en fengselsstraff.

Ved valg av reaksjonsform ser man at Høyesterett vektlegger at et fengselsopphold kan medføre negative konsekvenser for et barn. I HR-2004-860-A ble en 15 år gammel gutt dømt for å ha angrepet en tilfeldig forbipasserende. Dommen er avsagt under dissens 3-2. I straffutmålingen fastsatte både førstvoterende og annenvoterende at samfunnsstraff ville være riktig reaksjonsform, men med noe ulik begrunnelse. Flertallet i dommen begrunnet bruken av samfunnsstraff ut fra en hensynsanalyse. I dommen uttalte Høyesterett følgende;

«... [s]elv om hensynet til den generelle lovlydighet tilsier at det i sin alminnelighet må reageres med ubetinget fengsel mot en så grov voldshandling, er situasjonen etter min mening en annen for helt unge lovbyggere. En ting er at så unge mennesker ikke handler ut fra de rasjonelle overveielser hensynet til allmennprevensjonen forutsetter. Vesentligere er at individualpreventive hensyn har særlig tyngde. I denne alderen er sinnet ytterst sårbart og lite egnet til å motstå uheldige virkninger av fengselsstraffen. Det bør derfor skulle svært mye til før så unge mennesker sperres inne ...»<sup>57</sup>

I nyere tid har lovgiver uttrykket et ønske om at det i større utstrekning skal brukes alternative reaksjonsformer overfor barn.<sup>58</sup> Dette ble vektlagt i HR-2010-1849-A som dreide seg om et ran som lå i grenseland opp mot grovt ran. I dommen kom Høyesterett under atskillig tvil enstemmig frem til at selv om det var utført et alvorlig normbrudd, skulle straffen utmåles til samfunnsstraff i 420 timer. Dommen belyser flere viktige problemstillinger i forbindelse med straff av barn. I begrunnelsen for valg av reaksjonsform foretar førstvoterende en inngående hensynsanalyse;

«... [d]er domfelte var under 18 år på gjerningstidspunktet forskyves altså tyngdepunktet mellom de individualpreventive og de allmennpreventive hensyn: Det som i det lange løp alt i alt best tjener barnets interesser trer i forgrunnen, og kan bare settes til side så langt det foreligger særlig tungtveiende allmennpreventive hensyn

---

<sup>57</sup> Jfr. HR-2004-860-A avsnitt 25

<sup>58</sup> Se bl.a. Prop. 135 L (2010-2011) side 114 og Innst. O. nr. 72 (2004-2005) side 24

som ikke i tilfredsstillende grad også ivaretas ved en dom på samfunnsstraff. Jo yngre barnet er, desto mer må det til.»<sup>59</sup>

Det siterte avsnittet fremgår under drøftelsen av om hensynet til straffens formål talte mot en reaksjon i frihet. Drøftelsene under straffutmålingen er temmelig komplekse, og hensynene som begrunner bruk av straff er essensielle under hele reaksjonsfastsettelsen. Dommen illustrerer at de individualpreventive hensyn blir av særlig betydning overfor mindreårige lovbrøyttere. Men samtidig blir de allmennpreventive hensyn ikke helt uten betydning.

Dette kom tydelig til uttrykk i HR-2016-1364-A, der saksforholdet var at to gutter på omkring 16 år i fellesskap hadde utført alvorlige seksuelle overgrep overfor en gutt på 14 år. I dommen, som var enstemmig, vektla Høyesterett at allmennpreventive hensyn gjorde seg særlig gjeldende. Disse hensynene fikk avgjørende vekt på grunn av lovbruddets alvor og de skjerpene omstendigheter som forelå i saken. Herunder ble det i dommen uttalt at «... [a]llmennpreventivt ville det gi et uheldig signal om et så alvorlig overgrep ikke ble møtt med ubetinget fengsel av en viss lengde ...»<sup>60</sup> Selv om gjerningspersonen er et barn, vektlegges behovet for å opprettholde den sosiale ro og hensynet til den alminnelige rettsbevissthet ved alvorlige forbrytelser.

Straffens begrunnelse har en sentral betydning når domstolen står overfor valget av reaksjonsform. I rettspraksis ser vi gjennomgående at domstolen går nøye inn og vurderer gjerningspersonens personlige forhold og livssituasjon, for å vurdere hvilken straffart som i størst mulig grad kan få en positiv innflytelse på lovbrøytteren.<sup>61</sup> Slik kommer de individualpreventive hensyn i forgrunnen under straffutmålingen. Mange unge lovbrøyttere havner inn i en ond sirkel som er vanskelig å komme ut av. Barn har et langt liv foran seg, og det blir viktig å hjelpe dem på riktig spor.

Under straffutmålingen tar domstolen utgangspunkt i normalstraffen for tilsvarende forbrytelser, uavhengig av alderen på gjerningspersonen. Når lovbrøytteren er et barn og hensynene bak straffen forskyver seg, ser man at domstolen avviker fra normalstraffen.<sup>62</sup> Dette fordi det blir vanskeligere å begrunne behovet for en dom på ubetinget fengsel. En slik straff kan vanskelig forsvares ut fra de individualpreventive hensyn, herunder målet om at

---

<sup>59</sup> Jfr. HR-2010-1849-A avsnitt 15

<sup>60</sup> Jfr. HR-2016-1364-A avsnitt 41

<sup>61</sup> Se HR-2004-860-A avsnitt 20 og 26, HR-2010-1849-A avsnitt 17

<sup>62</sup> Se nærmere om straffutmålingen under punkt 4

straffen skal ha en forbedrende effekt. For at straffen skal ha en forbedrende virkning bør som regel alternative frihetsinnskrenkende straffemetoder som samfunnsstraff og ungdomsstraff brukes i stedet for ubetinget fengsel når gjerningspersonen er et barn. Slik kan barnet beholde kontakten med venner og familie. Da slipper vedkommende både å bli totalt avskåret fra samfunnet, få uheldige ringvirkninger av oppholdet og ikke minst å måtte delta i en krevende sosialiseringssprosess ved løslatelse. Høyesterett har slått fast at en dom på samfunnsstraff er en meget følbar reaksjon, og en slik dom kan dermed utvise tilstrekkelig med klander overfor domfelte.<sup>63</sup>

Som vi skal se nærmere på under punkt 6.3 får allmennpreventive hensyn særlig stor vekt i gitte typer sakskompleks. Ved alvorlige krenkelser blir det viktig å tilgodese allmennpreventive hensyn og hensynet til den sosiale ro. Ut ifra et samfunnsperspektiv blir det da ikke noe rom for å ilegge barn en annen reaksjonsform enn ubetinget fengsel.

---

<sup>63</sup> Jfr. HR-2004-860-A avsnitt 25

## 4 Alminnelige utgangspunkter under straffutmålingen

### 4.1 Introduksjon

Fremstillingen har hertil kartlagt hvilke straffformer som på generell basis kan tas i bruk. Dette kapitlet skal søke å belyse hvordan selve reaksjonsfastsettelsen foregår. Herunder skal vi se på de sentrale prinsipper som gjør seg gjeldende under straffutmålingen, og hvordan straffutmålingen forandrer seg når gjerningspersonen er et barn.

Straffutmålingen går ut på å fastsette den konkrete straff som vedkommende skal få, både mht. valg av straffart og straffens omfang. Under straffutmålingen er det et sett av lovfestede rettsregler og ulovfestede prinsipper som gjør seg gjeldende. Grunnleggende blir de allmennpreventive og individualpreventive hensyn idet straffutmålingen skal søke å realisere straffens formål. Som vi skal se, kan også rettferdighetshensyn, forholdsmessighetshensyn og likhetshensyn vektlegges under straffutmålingen.

### 4.2 Legalitetsprinsippet

Et grunnleggende prinsipp i norsk strafferett er kodifisert i Grunnloven § 96 første ledd;

«[i]ngen kan dømmes uten etter lov eller straffes uten etter dom.»

Konstitusjonen skiller mellom den lovgivende og den dømmende makt. Gjennom strafferammene angir lovgiver grunnpremissene for straffutmålingen.<sup>64</sup> Prinsippet i Grl. § 96 første ledd bygger på en tanke om at alle og enhver har en rett til å være fri og skal ikke være redd for å bli berøvet friheten vilkårlig.<sup>65</sup> Legalitetsprinsippet innebærer at ingen kan dømmes uten at det foreligger et overtrådt straffebud på handlingstidspunktet.<sup>66</sup>

---

<sup>64</sup> NOU 2002: 4 side 108

<sup>65</sup> Jfr. Menneskerettsutvalget (2011-2012) side 113

<sup>66</sup> Jfr. Grl. § 97



Videre innebærer legalitetsprinsippet at det er domstolen som skal løse konkrete saker på bakgrunn av de lovfestede straffebud.<sup>67</sup> På strafferettens område er det særlig viktig at domstolen opptrer innenfor sitt kompetanseområde og respekterer de begrensninger som maktfordelingsprinsippet medfører. Under straffutmålingen skal domstolen ta utgangspunkt i det overtrådte straffebudet og holde seg innenfor den angitte strafferamme.

I den norske straffutmålingen har domstolen et reaksjonsskjønn innenfor strafferammen i det overtrådte straffebud. De fleste av dagens straffebud er oppstilt med vide strafferammer og domstolen står temmelig fritt til å fastsette en egnet straff som korresponderer med den utviste skyld. Dette fordi forholdsmessighetshensynet blir sentralt og innebærer at straffen må stå i et rimelig forhold til det lovbrudd som er begått. Dommerfriheten er gitt for å individuelt tilpasse straffen til den enkelte lovbrøyer og etter de konkrete omstendigheter.

De vide strafferammene er videre ikke ansett å være i strid med lovkravet.<sup>68</sup> Domstolens vide spillerommet er ikke ansett å være i strid med borgernes behov for forutberegnelighet siden straffebudene er offentlig tilgjengelig for allmennheten. Med straffebud som er offentlig tilgjengelig har hver enkelt anledning til å sette seg inn i de gjeldende rettsregler og kan fullt ut forutberegne sin rettsstilling.

## 4.3 Skyldprinsippet

Skyldprinsippet har en sentral rolle gjennom hele straffeprosessen og strafferetten. Prinsippet knesetter tanken om at gjerningspersonen skal ilegges en straff som er forholdsmessig i forhold til den utviste klander. Reaksjonen skal gjenspeile alvorligheten og klanderverdigheten i krenkelsen. Forholdsmessighet mellom forbrytelse og straff blir det sentrale utgangspunkt og slik setter skyldprinsippet skranker for domstolens skjønn under reaksjonsfastsettelsen.

Likhetshensyn har stor gjennomslagskraft i norsk strafferett. Prinsippet om at alle er like for loven er konstitusjonelt forankret i Grunnloven § 98 første ledd. Utgangspunktet er at like klanderverdige handlinger skal straffes like strengt. Samtidig som handlinger av ulik klanderverdighet skal straffes ulikt.

---

<sup>67</sup> Jfr. NOU 2002: 4 side 108

<sup>68</sup> Jfr. *ibid.* side 105 og NU 1984:2 side 19

Som tidligere nevnt stiller barn seg annerledes enn voksne under straffutmålingen. På grunn av barnets alder og utvikling må de individualpreventive hensyn veie tungt. Barnets personlige forhold kan få avgjørende betydning i den enkelte sak fordi rettferdighetshensyn kommer inn i bildet. Hensynene bak straffen er utslagsgivende og straffutmålingen blir en forholdsmessighetsvurdering som kan slå nokså ulikt ut i forskjellige saksforhold. Prinsippet om en individuelt tilpasset straffutmåling blir sentralt når gjerningspersonen er et barn og kan utgjøre et unntak fra prinsippet om at like tilfeller skal behandles likt.

## 4.4 Prejudikat og normalstraff

Første steg i straffutmålingen er å fastsette normalstraffen for tilsvarende krenkelser basert på tidligere rettspraksis. Norsk rett bygger på en tanke om at tidligere rettsavgjørelser har presedens og er av betydning for tolkningen av hva som er gjeldende rettstilstand. Høyesterett har et ansvar for å skape en likartet praksis og har derfor utviklet alminnelige straffenivå for ulike typer lovbrudd. Straffutmålingstradisjonen vil dermed være veiledende for dommeren under straffutmålingen.

Når normalstraffen skal fastsettes er det naturlig for domstolen å ta utgangspunkt i hva straffenivået ville vært for en tilsvarende handling utført av en voksen person.<sup>69</sup> Normalstraffen fastsettes ut fra tidligere rettspraksis som tar for seg noenlunde like saksforhold. På grunn av de vide strafferammene er Høyesterett en rettskildeprodusent innen straffutmålingen.

Signaler i lovforarbeider får også betydning ved fastsettelse av straffenivået. Dette kom tydelig fram i HR-2018-568-A hvor en gutt på 21 år ble dømt for grov uaktsom voldtekt. I dommen ble nye signaler fra lovforarbeidene vektlagt, herunder et ønske om å skjerpe straffenivået ved forsettlig voldtekt. Høyesterett mente at det ikke var nødvendig å etablere noe normalstraffenivå for grovt uaktsom voldtekt fordi straffutmålingen i slike saker må skje ut fra en vurdering av de konkrete omstendigheter.<sup>70</sup> På grunn av de klare signalene fra lovgiver om skjerping av straffenivået ved forsettlig voldtekt, økte Høyesterett straffen i den konkrete saken.

---

<sup>69</sup> Se bl.a. HR-2013-1121-A avsnitt 11

<sup>70</sup> Jfr. HR-2018-568-A avsnitt 22

## 4.5 Begrenset bruk av fengselsstraff overfor mindreårige

Straffelovens § 33 står helt sentralt under straffutmålingen når lovbrøyteren er et barn. Bestemmelsen fastsetter flere retningslinjer som domstolen må forholde seg til under reaksjonsfastsettelsen, både med tanke på adgangen til å anvende ubetinget fengsel som straffart og lengden på straffen. Straffeloven § 33 lyder som følger;

«[d]en som var under 18 år på handlingstidspunktet kan bare idømmes ubetinget fengselsstraff når det er særlig påkrevd. Fengselsstraffen kan ikke overstige 15 år selv om straffebudet gir adgang til å idømme strengere straff.»

Ordlyden gir en klar indikasjon på at ubetinget fengsel overfor barn bare kan idømmes når dette er spesielt nødvendig, jfr. «særlig påkrevd». Utgangspunktet er at domstolen skal behandle like tilfeller likt og forholde seg til normalstraffen i tilsvarende saker. Straffeloven § 33 er et unntak fra dette utgangspunktet. Bestemmelsen medfører at domstolen i den konkrete saken må ta standpunkt til om andre reaksjonsformer enn ubetinget fengsel kan utgjøre en forholdsmessig reaksjon på lovbruddet. Inn under denne vurderingen må domstolen ta for seg om vilkårene for bruk av alternative reaksjonsformer er oppfylt.<sup>71</sup>

Domstolen skal så langt det er mulig være tilbakeholden med å idømme mindreårige fengselsstraff. I forarbeidene er det gjort en nærmere redegjørelse for hva strl. § 33 første punktum innebærer. I lovgivers bemerkninger til bestemmelsen fremgår det i Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) på side 435 at;

«... [o]m vilkåret er oppfylt, må vurderes i forhold til lovbruddets art og forholdene ellers. Der andre reaksjonsformer er tilstrekkelige og hensiktsmessige må disse foretrekkes. Som hovedregel bør andre reaksjoner være prøvd overfor lovbrøyteren før ubetinget fengselsstraff idømmes. Men unntaksvis kan slik straff idømmes førstegangsforbrytere. Forutsetningen er at det gjelder en alvorlig straffbar handling ...»

Lovgiver legger opp til at det må foretas en konkret vurdering av sakens omstendigheter. Inn under vurderingen av «særlig påkrevd» ser man at Høyesterett rent faktisk går konkret til verks og foretar en slik helhetsvurdering. Under lovbruddets art blir det essensielt å se på hvor

---

<sup>71</sup> Se nærmere om vilkårene for bruk av samfunnsstraff og ungdomstreff i punkt 2.2.3

alvorlig handlingen er, hvilke interesser som er krenket og om det foreligger omstendigheter som kvalifiserer tilfellet som grovt. I rettspraksis drar domstolen inn de ulike hensyn som kan begrunne bruken av straff for å vurdere om hensynene blir tilfredsstilt dersom en alternativ reaksjonsform velges fremfor ubetinget fengsel. Her kommer gjerningspersonens personlige forhold igjen inn som et sentralt moment. Under gjerningspersonens personlige forhold ser man på om vedkommende er en førstegangsforbryter, gjerningspersonens oppvekst og om det er gjort tiltak etter gjerningstidspunktet som tilsier at vedkommende er på bedringens vei.

I HR-2018-938-U kom Høyesteretts ankeutvalg frem til at en straff på fengsel i ett år og fire måneder, hvorav ett år betinget, var en passende straff for grov uaktsom voldtekt. Dette selv om den domfelte var under 18 år på gjerningstidspunktet. Voldtekten ble begått av flere i fellesskap og domfelte hadde under voldtekten brukt vold mot den 15 år gamle fornærmede. Sedelighetsforbrytelser er ansett å være en alvorlig form for forbrytelse som det må slås hardt ned på. Gjerningspersonens kriminelle bakgrunn ble vektlagt og sett i lys av sakens alvor og hvordan tiltalte stilte seg var ungdomsstraff ikke aktuelt. Ut fra individualpreventive grunner var det behov for en skapere markering overfor domfelte og en fengselsdom ble dermed konsekvensen.

Straffelovens § 33 setter også en grense for domstolen til maksimalt å kunne dømme barn til ubetinget fengsel i 15 år. Begrensningen på maksimalt 15 år gjelder også når flere straffbare forhold utmåles under konkurrans.

## **4.6 Alder som en formildende omstendighet**

Straffutmålingen i Norge er sterkt påvirket av straffebud med vide strafferammer og et stort dommerskjønn. Lovgiver har i straffelovens kapittel 14 fastsatt visse retningslinjer for straffutmålingen som domstolen må forholde seg til.

I straffeloven § 78 har lovgiver vedtatt at «[v]ed straffutmålingen skal det i formildende retning især tas i betraktning at: lovbrøyteren var under 18 år på handlingstidspunktet».<sup>72</sup> Det er på det rene at lav alder er et moment som «skal» vektlegges i formildende retning. Ordlyden er presis og lovgiverviljen er klar. Lav alder skal være formildende innenfor

---

<sup>72</sup> Jfr. strl. § 78 bokstav i

strafferammen og medfører et avvik fra likhetsprinsippet og normalstraffen i tilsvarende sakskompleks.

Utgangspunktet er videre at domstolen skal holde seg innenfor strafferammen i det overtrådte straffebudet. Domstolen kan derimot fastsette en straff under den angitte minstestrafen eller velge en mildere straffart når gjerningspersonen er under 18 år på handlingstidspunktet, jfr. strl. § 80 bokstav i. Domstolen kan dermed på grunn av lav alder fastsette en straff under den angitte strafferamme uten å komme i konflikt med rollefordelingen i samfunnet med tanke på maktfordelingsprinsippet.

## 5 Barnekonvensjonen

### 5.1 Grunnlovens vern av menneskerettighetene

Grunnlovsreformen i 2014 tok sikte på å styrke menneskerettighetene sin stilling i norsk rett.<sup>73</sup> Dette ser man blant annet i Grl. §§ 2 og 92.

I Grunnloven § 2 heter det at;

«... [d]enne Grunnlov skal sikre demokratiet, rettsstaten og menneskerettighetene.»

Flere av de grunnleggende menneskerettighetene ble i 2014 grunnlovsfestet og har fått stilling som *lex superior*. Menneskerettighetene bygger på en tankegang om at alle mennesker har visse medfødte rettigheter som ingen statsmakt kan gjøre inngrep i.

Grunnlovens § 92 fremhever statens sikreplikt og lyder slik;

«[s]tatens myndigheter skal respektere og sikre menneskerettighetene slik de er nedfelt i denne grunnlov og i for Norge bindende traktater om menneskerettigheter.»

Grunnlovens § 92 understreker at staten må opptre i samsvar med menneskerettighetene, og at innholdet i menneskerettighetene må suppleres og tolkes i samsvar med våre internasjonale forpliktelser. Hjemmelen medfører at nye rettskildefaktorer blir særlig aktuelle under tolkningen av de enkelte grunnlovsbestemmelser som igjen påvirker straffutmålingen. Etter grunnlovsreformen har det oppstått nye metodespørsmål. Herunder har det vært omstridt hvor mye uttalelser fra Den europeiske menneskerettsdomstol og FNs barnekomite skal vektlegges under tolkningen av de nye grunnlovsbestemmelsene.

Barnekonvensjonen aktualiserer visse menneskerettigheter som gjelder eksplisitt for barn og får betydning under reaksjonsfastsettelsen i nasjonal rett. Det er dermed nødvendig å se nærmere på forholdet mellom Barnekonvensjonen og nasjonal rett.

---

<sup>73</sup> Jfr. Fornes 2018 side 21

## 5.2 Forholdet mellom Barnekonvensjonen og nasjonal rett

FNs Barnekonvensjon er inkorporert i norsk rett med forrang.<sup>74</sup> Dette innebærer at ved motstrid skal konvensjonens forpliktelser gå foran andre bestemmelser av lovs rang, jfr. mrl. § 3. Konvensjonen utgjør et minstevern. For at Barnekonvensjonen skal gis forrang forutsettes det at konvensjonens forpliktelser gir en bedre beskyttelse enn det nasjonale regelsettet.

Ved tolkning av nasjonale regler skal Høyesterett aktivt benytte seg av presumsjonsprinsippet.<sup>75</sup> Prinsippet innebærer at domstolen så langt det er mulig tolker de nasjonale regler i harmoni med våre internasjonale forpliktelser. Slik etablerer Høyesterett harmoni mellom norsk rett og våre folkerettslige forpliktelser. Dette er mulig så lenge tolkningen er i overensstemmelse med legalitetsprinsippet. Grunnloven § 96 og det dualistiske prinsipp setter skranker for hvor langt domstolen kan tolke den nasjonale regelen i overensstemmelse med folkeretten.

Barnekonvensjonen er inkorporert i norsk rett og er trinnhøyere enn vanlig lov, men samtidig trinnlavere enn Grunnloven. Gjennom presumsjonsprinsippet og Grl. § 92 får Barnekonvensjonen betydning for tolkningen av de enkelte rettigheter i Grunnloven. Særlig når det foreligger tvil om tolkningen av en lovbestemmelse, skal domstolen benytte seg av det tolkningsalternativ som gjør at bestemmelsen ikke strider med folkeretten.<sup>76</sup>

Det sentrale utgangspunktet ved tolkning av Grunnloven er grunnlovsteksten. Grunnlovstolkning har mye til felles med vanlig lovtolkning og tar utgangspunkt i en naturlig språklig forståelse av ordlyden.<sup>77</sup> Etter grunnlovsreformen har ordlyden blitt modernisert, samtidig har man fått oppdaterte grunnlovsforarbeider som i større grad enn før kan vektlegges som en sentral rettskildefaktor. Innholdet i hver enkelt bestemmelse kan skifte i tråd med samfunnsutviklingen. For å fremme forutsigbarhet har grunnlovsbestemmelsene en kjerne som derimot ikke vil være gjenstand for dynamisk fortolkning.<sup>78</sup>

---

<sup>74</sup> Jfr. mrl. § 2, jfr. § 3.

<sup>75</sup> Se bl.a. HR-2010-2057-P avsnitt 133

<sup>76</sup> Jfr. Menneskerettsutvalget (2011-2012) side 88

<sup>77</sup> Jfr. Andenæs mfl. 2017 side 54

<sup>78</sup> Jfr. Menneskerettsutvalget (2011-2012) side 87

For at Grunnloven skal kunne tolkes i samsvar med traktatene om menneskerettigheter som er bindende for Norge, må det nærmere innholdet i konvensjonsforpliktelsene fastsettes. Wien-konvensjonen art. 31-33 gir retningslinjer for tolkning av traktater, herunder Barnekonvensjonen. Norge har ikke ratifisert Wien-konvensjonen, men store deler av konvensjonen anses som folkerettslig sedvanerett og er dermed bindende for Norge. Den internasjonale domstolen (ICJ) har i flere saker bekreftet at særlig artikkel 31-33 om traktattolkning anses som folkerettslig sedvane.<sup>79</sup>

Retningslinjene i Wien-konvensjonen samsvarer i stor grad med norsk juridisk metodelære. Konvensjonens artikkel 31 gir uttrykk for hovedregelen om tolkning av traktater.<sup>80</sup> Under tolkningen skal rettsanvenderen ta utgangspunkt i konvensjonstekstens objektive ordlyd og tolke denne i lys av traktatens gjenstand og formål, jfr. WK art. 31 nr. 1. Videre må traktatbestemmelser tolkes i kontekst.<sup>81</sup> Det innebærer at de som tolker traktaten må se på den som en helhet.<sup>82</sup> Samtidig fastsetter Wien-konvensjonen artikkel 31 nr. 1 at traktaten skal tolkes i god tro. Dette innebærer at partene har en lojalitetsplikt og skal velge det tolkningsresultat som stemmer overens med partenes felles intensjoner.<sup>83</sup>

Etter at hensynet til barnets beste ble konstitusjonelt forankret i Grunnloven § 104 andre ledd, kommer Barnekonvensjonen inn som en sentral rettskildefaktor under grunnlovstolkningen. Ordlyden i Grl. § 104 andre ledd har store likhetstrekk med ordlyden i BK art. 3 nr. 1. Dette gjør at praksis relatert til BK art. 3 nr. 1 vil være nyttige bidrag til fortolkningen av grunnlovsbestemmelsen.<sup>84</sup> Dermed blir det naturlig å se hen til FNs barnekomite sine uttalelser ved tolkningen av Grl. § 104 andre ledd.<sup>85</sup>

FNs barnekomite er opprettet for å påse at Barnekonvensjonen blir implementert i de landene som har ratifisert konvensjonen.<sup>86</sup> Komiteen kan komme med forslag, generelle anbefalinger og uttalelser i individklagesaker.<sup>87</sup> I HR-2009-1932-A ble det fastsatt at det er på «... det rene

---

<sup>79</sup> Se Müller 2017 side 226 om ICJs uttalelser i konkrete saker

<sup>80</sup> Jfr. *ibid.* side 227

<sup>81</sup> Jfr. WK art. 31 nr. 1

<sup>82</sup> Jfr. Müller 2017 side 231

<sup>83</sup> Jfr. Ruud mfl. 2018 side 95

<sup>84</sup> Jfr. Menneskerettsutvalget (2011-2012) side 192

<sup>85</sup> Jfr. HR-2015-206-A avsnitt 64

<sup>86</sup> Jfr. BK art. 43 nr. 1

<sup>87</sup> Jfr. BK art. 45 bokstav b



at komitéuttalelser generelt ikke er folkerettslig bindende ...»<sup>88</sup> Høyesterett har etter grunnlovsrevisjonen understreket at;

«... [l]ikhetstrekkene med EMK er store. Jeg legger til grunn at § 102 skal tolkes i lys av de folkerettslige forbildene, men likevel slik at fremtidig praksis fra de internasjonale håndhevingsorganene ikke har samme prejudikatsvirkning ved grunnlovstolkningen som ved tolkningen av de parallelle konvensjonsbestemmelsene: Det er etter vår forfatning Høyesterett – ikke de internasjonale håndhevingsorganene – som har ansvaret for å tolke, avklare og utvikle Grunnlovens menneskerettighetsbestemmelser.»<sup>89</sup>

Bemerkningene Høyesterett kommer med i forbindelse med tolkningen av Grl. § 102 har overføringsverdi til Grl. § 104 andre ledd.<sup>90</sup> Dermed kommer uttalelser fra FNs barnekomite inn som en sentral rettskildefaktor når innholdet i grunnlovsbestemmelsen skal fastsettes.

Når barn er i konflikt med loven kommer særlig Barnekonvensjonens artikkel 3, 37 bokstav b og 40 i forgrunnen. Artiklene blir essensielle under straffutmålingen og det blir nødvendig å fastsette deres nærmere anvendelsesområde.

### 5.3 Hensynet til barnets beste

Alle menneskerettighetene gjelder for både barn og voksne. I motsetning til voksne er barn mer sårbare og har særlige behov mht. beskyttelse, omsorg og opplæring. Barnets utsatte posisjon var bakgrunnen for Barnekonvensjonens fremtreden i 1989. Hensynet til barnets beste fremkommer opprinnelig av Barnekonvensjonen artikkel 3 og ble i 2014 grunnlovsfestet med en korresponderende bestemmelse i Grl. § 104 andre ledd. Prinsippet har stor gjennomslagskraft i saker som omhandler barn og kommer til uttrykk også andre steder i loven.<sup>91</sup>

Grunnloven § 104 andre ledd lyder som følger;

«[v]ed handlinger og avgjørelser som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn.»

---

<sup>88</sup> Jfr. HR-2009-1932-A avsnitt 41

<sup>89</sup> Jfr. HR-2015-206-A avsnitt 57

<sup>90</sup> Jfr. ibid. avsnitt 64

<sup>91</sup> Se bl.a. bl. § 48, bvl. § 4-1 og utlendl. § 38(3)

Formålet ved å gi prinsippet om barnets beste en konstitusjonell forankring var ikke å endre gjeldende rettstilstand.<sup>92</sup> Det følger av bestemmelsen at hensynet til barnets beste skal være «et grunnleggende hensyn» i alle avgjørelser som berører barn. En naturlig språklig forståelse tilsier at hensynet skal komme i forgrunnen og tillegges særlig stor vekt under slike avgjørelser. Prinsippet bærer i seg en forholdsmessighetsvurdering.<sup>93</sup> Hvor stor vekt prinsippet skal gis vil være avhengig av hvor sterkt berørt barnet er og hvor alvorlig avgjørelsen er for barnet. Lovgiver har påpekt at ordlyden er valgt med omhu og innebærer at hensynet skal «... tolkes som et tillegg til andre hensyn og gir ikke forrang for andre hensyn. Prinsippet om barns beste er av stor, men ikke avgjørende betydning.»<sup>94</sup>

Grunnloven § 104 andre ledd korresponderer med ordlyden i Barnekonvensjonens artikkel 3 nr. 1 som lyder slik;

«[i]n all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interest of the child shall be a primary consideration.»

FNs barnekomite har i General Comments nr. 14 kommet med uttalelser om prinsippets nærmere innhold. Barnekomiteen har fastsatt at hensynet til barnets beste har tre funksjoner. Herunder fungerer prinsippet som en selvstendig rettighet, et fortolkende juridisk prinsipp og som en prosedyreregulering.<sup>95</sup> Hver stat som er med i konvensjonen er forpliktet til å foreta de nødvendige tiltak som skal sikre at rettigheten gjennomføres fullt ut.

Komiteen har kommet med retningslinjer for hvilket forpliktende innhold som ligger i BK art. 3 nr. 1. «In all actions concerning children» innebærer at i enhver handling som berører barn skal barnets beste være et grunnleggende hensyn. Med handling omfattes enhver atferd i form av aktiv opptreden eller passivitet. Unnlater eller mangel på tiltak faller også inn under ordlyden. Begrepet «berører» skal tolkes svært vidt og omfatter tiltak og beslutninger som direkte eller indirekte påvirker et eller flere barn.<sup>96</sup> Enhver person under 18 år er å anse som et barn og har de rettigheter som følger av konvensjonen.

---

<sup>92</sup> Jfr. Innst. 186 S (2013-2014) side 30

<sup>93</sup> Jfr. Menneskerettsutvalget (2011-2012) side 192

<sup>94</sup> Jfr. Innst. 186 S (2013-2014) side 30

<sup>95</sup> Jfr. FNs barnekomite 2013 side 4

<sup>96</sup> Jfr. *ibid.* side 7

Videre følger det av ordlyden i BK artikkel 3 nr. 1 at enhver privat eller offentlig institusjon som tar beslutninger som har innvirkning på barn, skal realisere barnas rettigheter. Herunder vektlegge og vurdere hva som vil være til det beste for barnet i den enkelte sak. Både lovgiver så vel som domstolen er forpliktet til å realisere prinsippet.

Grunnelementet i konvensjonsforpliktelsen er at «the best interest of the child shall be a primary consideration». FNs barnekomite har uttalt at «[k]onseptet om barnets beste er komplekst, og innholdet må avgjøres fra sak til sak».<sup>97</sup> Prinsippet barnets beste er et dynamisk konsept med et fleksibelt og tilpasningsdyktig innhold. Det må justeres og defineres på individuell basis etter den spesifikke situasjon.<sup>98</sup> Det blir dermed nødvendig å vurdere prinsippet ut fra de konkrete omstendigheter. I alle saker som påvirker barn er det en forutsetning at den som sitter med avgjørelseskompetansen har tatt stilling til hva som vil være til det beste for barnet. Hva som er best for det enkelte barn kan variere og det er derfor Høyesterett i ulike straffesaker går nøye inn på barnets personlige forhold under vurderingen av straffens individualpreventive virkning.

«[S]hall be a primary consideration» gir uttrykk for en meget skjønnsmessig vurdering. FNs barnekomite har fastsatt at formuleringen innebærer at barnets beste ikke skal vurderes på lik linje som andre hensyn. Hensynet får ekstra stor betydning i den skjønnsmessige vurderingen. Dette rettfærdiggjøres på grunn av barnets spesielle situasjon mht. modenhet og avhengighet. Komiteen har samtidig uttalt at interessene til alle parter i saken må balanseres. Konvensjonen setter krav til at hensynet til barnets beste skal bli vurdert og få høy prioritet, men hensynet må ikke få avgjørende vekt dersom dette ikke er forenelig med de andre hensyn.<sup>99</sup>

---

<sup>97</sup> Jfr. FNs barnekomite 2013 side 9

<sup>98</sup> Jfr. *ibid.* side 9

<sup>99</sup> Dette er slått fast i HR-2015-206-A avsnitt 65, HR-2015-289-A avsnitt 76 og FNs barnekomite 2013 side 10

## 5.4 Fengsel som en siste utvei

Hensynet til barnets beste er klassifisert som et av Barnekonvensjonens generelle prinsipper. Dette innebærer at prinsippet utgjør en kjerneverdi som må tas i betraktning ved tolkning og anvendelse av konvensjonen for øvrig.<sup>100</sup> Motsetningsvis må også BK art. 3 tolkes i lys av de øvrige rettighetene i konvensjonen, da disse anses å være til barnets beste.<sup>101</sup> Ved straff av barn blir særlig BK art. 37 og 40 viktig. Disse artiklene er særregler som gjør at terskelen blir høyere for å idømme barn en ubetinget fengselsstraff.<sup>102</sup>

I saker om soning av fengselsstraff har Høyesterett trukket inn BK art. 37 i kombinasjon med BK art. 3.<sup>103</sup> Det følger av FNs Barnekonvensjon artikkel 37 bokstav b at fengsling av barn bare skal benyttes som en siste utvei og for et kortest mulig tidsrom. Slik blir det sentrale utgangspunktet at barn som er i konflikt med loven skal ilegges frihetsinnskrenkende reaksjoner, da frihetsberøvende reaksjonsformer kun skal skje unntaksvis. Artikkelen utgjør et grunnleggende prinsipp ved fengsling av barn som skal sikre at barnets rett til utvikling blir ivaretatt.<sup>104</sup> Straffeloven § 33 er i utgangspunktet et utslag av Norges forpliktelser etter BK art. 37 bokstav b.<sup>105</sup> Barnekonvensjonen kommer dermed inn som et tolkningsmoment når rekkevidden av uttrykket «særlig påkrevd» i strl. § 33 skal fastsettes.

Barnekonvensjonen art. 40 nr. 1 fastsetter at barnet under straffeprosessen har rett til å bli behandlet på en måte som fremmer barnets følelse av verdighet og egenverd, styrker barnets respekt for andres menneskerettigheter og grunnleggende friheter. Videre skal barnets alder tas i betraktning og ønsket om å fremme barnets reintegrering, slik at barnet kan påta seg en konstruktiv rolle i samfunnet.<sup>106</sup>

Terskelen for å fengsle barn ligger høyt. FNs barnekomite har fastsatt at «[r]eaksjonen på en straffbar handling alltid bør stå i forhold ikke bare til omstendighetene rundt handlingen og hvor alvorlig den er, men også til barnets alder og reduserte straffansvar, og til barnets livssituasjon og behov, samt til samfunnets ulike og særlig langsiktige behov.»<sup>107</sup> For å

---

<sup>100</sup> Jfr. Høstmælingen mfl. 2012 side 52

<sup>101</sup> Jfr. Martnes 2015 side 243

<sup>102</sup> Jfr. *ibid.* side 241

<sup>103</sup> Se bl.a. HR-2010-1849-A avsnitt 12-14

<sup>104</sup> Jfr. FNs barnekomite 2007 avsnitt 5

<sup>105</sup> Jfr. HR-2009-1360-A avsnitt 12

<sup>106</sup> Jfr. BK art. 40 nr. 1

<sup>107</sup> Jfr. FNs barnekomite 2007 avsnitt 71

fengsle barn forutsettes det at det gjøres en konkret helhetsvurdering, hvor barnets beste kommer i forgrunnen, jfr. ovenfor.

For å kunne opptre i overensstemmelse med Barnekonvensjonen forutsettes det etter artikkel 40 nr. 4 at det finnes reelle alternativer til ubetinget fengsel.<sup>108</sup> For Norge var dermed ungdomsstraffens tilblivelse i 2014 både ettertraktet og nødvendig. Dette for å sikre at barn blir behandlet på en måte som tjener barnets ve og vel, samtidig som at staten har tilgjengelig en reaksjonsform som kan stå i forhold til omstendighetene og til lovovertrедelsen.<sup>109</sup>

---

<sup>108</sup> Jfr. HR-2010-1849-A avsnitt 14

<sup>109</sup> Jfr. BK art. 40 nr. 4

## 6 Den nedre grense for bruk av ubetinget fengsel

### 6.1 Formålet bak straffen må ikke tale mot en reaksjon i frihet

I norsk rett ligger terskelen høyt for å idømme barn en frihetsberøvende reaksjonsform. For at domstolen skal kunne dømme noen til ubetinget fengsel, fremgår det av Grunnloven at «[f]rihetsberøvelsen må være nødvendig og ikke utgjøre et uforholdsmessig inngrep», jfr. Grl. § 94 første ledd andre punktum. Ut ifra dette utgangspunktet kan det utledes at straffen ikke må være strengere enn nødvendig.<sup>110</sup> Forholdsmessighet mellom lovbrudd og straff er dermed fundamentalt.

Som tidligere nevnt er fengselsstraffens anvendelsesområde ikke positivt avgrenset i loven. Den nedre grense for bruk av ubetinget fengsel må fastsettes ved å vurdere når andre alternative straffarter skal anvendes.<sup>111</sup>

For å kunne idømme et barn en frihetsinnskrenkende reaksjonsform må vilkårene i strl. § 48 eller § 52a være oppfylt. Et fellestrekk ved bruk av både samfunnsstraff og ungdomsstraff er at hensynet til straffens formål ikke må tale mot en reaksjon i frihet. Når man sammenlikner ordlyden i strl. §§ 48 bokstav b og 52a bokstav d, peker en naturlig språklig forståelse i retning av at ungdomsstraff som straffereaksjon vil kunne brukes i mer alvorlige tilfeller enn samfunnsstraffen. Vilåret i strl. § 52a bokstav d fastsetter at hensynet til straffens formål «ikke med tyngde» må tale mot en reaksjon i frihet. Utrykket indikerer at ungdomsstraff kan brukes selv ved nokså alvorlige krenkelser. Dette standpunktet underbygges i juridisk litteratur, hvor det har blitt fastsatt at «[u]ngdomsstraff ble innført for å være en strengere frihetsinnskrenkende reaksjon enn samfunnsstraff ...»<sup>112</sup> Det skjønnsmessige vurderingstemaet i strl. § 52a bokstav d trekker en grense for bruken av ungdomsstraff mot

---

<sup>110</sup> Jfr. Fornes 2018 side 279

<sup>111</sup> Jfr. *ibid.* side 279

<sup>112</sup> Jfr. *ibid.* side 280

tilfeller som skal møtes med ubetinget fengsel<sup>113</sup> og vil være avgjørende for den nedre grense for bruk av fengselsstraffen.

Straffens formål er å realisere de absolutte og de relative straffeteorier i praksis. Dette for å opprettholde den sosiale ro og den allmenne trygghetsfølelse i samfunnet. I forarbeidene og i rettspraksis er det slått fast at straffens formål blant annet er å legge forholdene til rette for «et samfunn preget av åpenhet og trygghet og fri fra unyansert og uønsket privat rettshåndheving».<sup>114</sup> Videre kan også anerkjente rettsstatlige prinsipper bidra til å fastsette den ytre ramme for innholdet i straffens formål.<sup>115</sup> Dersom ungdomsstraff vil stå i et uforholdsmessig forhold til straffens formål, vil en dom på ubetinget fengsel være nødvendig. I slike tilfeller har ikke domstolen grunnlag for å idømme et barn en mildere reaksjonsform enn ubetinget fengsel. Dette selv om barnets alder etter strl. §§ 78 og 80 kommer inn som en formildende omstendighet. Lav alder kan komme inn som en formildende omstendighet uavhengig av hvilken reaksjonsform domstolen ender opp med.<sup>116</sup>

Om formålet med straffen taler mot en reaksjon i frihet må ses i sammenheng med strl. § 33. Dersom straffens formål med tyngde taler mot en reaksjon i frihet, skal lovbrøteren idømmes ubetinget fengselsstraff fordi det vil være særlig påkrevd. Denne vurderingen vil være avhengig av omstendighetene i den konkrete sak og det blir essensielt å se på hvilke interessekrenkelser som foreligger.

I HR-2010-1849-A var det overordnede spørsmålet om det kunne reageres med samfunnsstraff fordi gjerningspersonen, kalt D, var 17 år og fire måneder på gjerningstidspunktet. Videre ble spørsmålet hvordan begrensningen i gamle straffeloven § 28a første ledd bokstav b, som er liklydende med dagens § 48 første ledd bokstav b, skulle tolkes og anvendes. Inn under denne vurderingen går Høyesterett konkret til verks og trekker først inn strl. § 33 og BK art. 3, 37 og 40. Deretter ser man at førstvoterende går inn på gjerningspersonens personlige forhold, og fastsetter at lovbrøteren vil være godt egnet for en dom på samfunnsstraff og at han virker motivert for en slik reaksjonsform. Avslutningsvis gjør Høyesterett en konkret avveining av de ulike hensyn og fastsetter følgende;

---

<sup>113</sup> Jfr. Gröning mfl 2016 side 631

<sup>114</sup> Jfr. Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) side 80 og HR-2016-1364-A avsnitt 36

<sup>115</sup> Jfr. Fornes 2018 side 311

<sup>116</sup> Jfr. strl. §§ 78 og 80

«[d]et er ikke tvil om at de individualpreventive hensyn i dette tilfellet best ivaretas ved en dom på samfunnsstraff; den oppfølging en slik reaksjon forutsetter, vil kunne bidra til ytterligere struktur i Ds hverdag og støtte opp om hans personlige modning. Reaksjonen – med det omfang den nødvendigvis må ha – vil samtidig være meget følbart, og ikke etterlate noen tvil om realiteten i straffansvaret eller alvoret i de handlinger han er dømt for. En lengre ubetinget fengselsstraff vil for D kunne legge til rette for en negativ utvikling som det senere blir vanskelig å snu.»<sup>117</sup>

I dommen opptrer Høyesterett i overensstemmelse med Grl. § 104 andre ledd og BK art. 3 iht. hensynet til barnets beste. Førstvoterende avklarer hva som er barnets interesser og vurderer hvordan disse interessene kan ivaretas.<sup>118</sup> Denne drøftelsen trekkes inn i vurderingen av hvilken straffart som vil være gunstig og vektleggingen av de ulike hensyn. De individualpreventive og allmennpreventive hensyn vil ofte kunne fremstå som to motsatser som må veies opp mot hverandre. Avslutningsvis i dommen ser man at førstvoterende begrunner hvorfor de allmennpreventive hensyn ikke gis utslagsgivende vekt og det angis følgende;

«[n]år jeg har vært i atskillig tvil om samfunnsstraff kan forsvares i denne saken, henger det naturligvis sammen med alvoret i de straffbare handlingene, slik jeg har redegjort for innledningsvis: Det kan med atskillig styrke argumenteres for at det foreligger særlig tungtveiende allmennpreventive hensyn som taler mot en reaksjon i frihet. I denne tvilssituasjonen finner jeg å kunne legge vekt på at ranene og ransforsøket er begått samme natt, og at det er tale om førstegangsforbrytelser. Jeg legger videre vekt på at det ikke foreligger opplysninger om nye straffbare forhold ...»<sup>119</sup>

Dommen tar for seg bruk av samfunnsstraff og ble avsagt før tilblivelsen av ungdomsstraff. På grunn av det likelydende vurderingstema i strl. §§ 48 og 52a, vil praksis i forbindelse med rekkevidden av § 48 ha overføringsverdi til § 52a. Dette fordi ungdomsstraff kan brukes i mer alvorlige tilfeller enn samfunnsstraff. I dommen ble lovbrøyten dømt til 420 timer med samfunnsstraff for et ran som lå i grenseland til å være grovt. Resultatet illustrerer at frihetsinnskrenkende reaksjonsformer kan brukes i nokså alvorlige saker.

---

<sup>117</sup> Jfr. HR-2010-1849-A avsnitt 18

<sup>118</sup> Se *ibid.* avsnitt 17-18

<sup>119</sup> Jfr. *ibid.* avsnitt 19



Presiseringen «med tyngde» understreker at det skal enda mer til før det anses som nødvendig å idømme ubetinget fengsel.<sup>120</sup> Denne presiseringen må ses i sammenheng med GrL § 94 første ledd andre punktum. Høyesterett har fastsatt at uttrykket med tyngde «... er ment å understreke at det for lovbrutere som ellers kvalifiserer for ungdomsstraff skal særlig mye til for at det er nødvendig å idømme ubetinget fengsel.»<sup>121</sup> Det er på det rene at det skal svært mye til før ungdomsstraff er utelukket. Men både i alvorlige saker og ved gjentatt kriminalitet, kan allmennpreventive hensyn bli utslagsgivende og da kan bruk av frihetsinnskrenkende reaksjonsformer innebære at det ikke tas en tilstrekkelig klar «avstandtagen fra tiltaltes handlemåte».<sup>122</sup>

## 6.2 Spenning mellom allmennprevensjon og barnets beste

I Norge er allmennpreventive hensyn sentrale ved valg av straff og brukes ofte som argument for å idømme ubetinget fengsel.<sup>123</sup> Ved straff av barn kommer hensynet til barnets beste inn og taler for at frihetsberøvelse bør unngås. I alvorlige saker kan det fort oppstå en spanning mellom allmennprevensjon og barnets beste.

Det er på det rene at en straffesak som er rettet mot et barn utgjør en handling som berører barnet og hensynet til barnets beste skal dermed få stor betydning.<sup>124</sup> Hensynet til barnets beste medfører at de individualpreventive hensyn under en straffesak skal være sentrale og ilegges stor vekt. Domstolen er pålagt å vurdere hvilken straffereaksjon som vil være til det beste for barnet og må dermed gå inn på barnets personlige forhold. Prinsippet setter ikke noen stopper for at de allmennpreventive hensyn kan bli utslagsgivende ved valg av reaksjonsform.

I løpet av de siste årene har straffenivået blitt skjerpet for flere typer lovbrudd på bakgrunn av økt vektlegging av samfunnsvern og allmennprevensjon.<sup>125</sup> Samtidig har regler om begrenset bruk av fengsel overfor barn og hensynet til barnets beste kommet i forgrunnen.<sup>126</sup> En opptrapping av straffenivået og indikasjoner på at ubetinget fengsel er uønsket overfor barn korresponderer dårlig, og gjør at spenningen mellom de ulike hensyn blir større.

---

<sup>120</sup> Jfr. Prop. 135 L (2010-2011) side 164

<sup>121</sup> Jfr. HR-2016-1364-A avsnitt 38

<sup>122</sup> Jfr. HR-2012-109-A avsnitt 26

<sup>123</sup> Jfr. Martnes 2015 side 240

<sup>124</sup> Jfr. GrL § 104(2) og BK art. 3 nr. 1. Se også Innst. S. nr. 64 (2006-2007) punkt 4.1.2.

<sup>125</sup> Jfr. HR-2018-568-A, Prop. 97 L (2009-2010) og Martnes 2015 side 256

<sup>126</sup> Se HR-2010-1849-A

Ethvert barn har en rett til å få sitt beste lagt til grunn som et grunnleggende hensyn når vedkommende blir berørt av saken. Herunder kan det stilles spørsmål ved om Høyesterett forholdt seg til dette grunnleggende utgangspunktet i HR-2016-1363-A. I dommen valgte domstolen å ikke gå nærmere inn på gjerningspersonens personlige forhold på bakgrunn av alvoret i saken. I dommen kom følgende til uttrykk;

«... [s]lik saken ligger an, finner jeg ikke grunn til å gå inn på de domfeltes vanskelige personlige bakgrunn, deres framtidsutsikter og deres kanskje usikre motivasjon for å gjennomføre ungdomsstraff med godt resultat.»<sup>127</sup>

Utgangspunktet må være at domstolen har en plikt til å avklare hva som er i barnets interesse og hvordan barnets beste kan ivaretas, samt å trekke resultatet av disse vurderingene sentralt inn i beslutningsgrunnlaget, jfr. HR-2010-1849-A avsnitt 13. Forpliktelsene som følger av både GrL § 104 og BK art. 3 gir neppe en dårligere beskyttelse den dag i dag, til sammenlikning med det som ble fastsatt av Høyesterett i 2010. Tvert imot kan ikke barnet ha blitt satt i en dårligere posisjon etter grunnlovsrevisjonen, og plikten til å foreta de ovennevnte vurderingene må anses å være en del av gjeldende rettstilstand.

Selv om det i HR-2016-1363-A dreide seg om et alvorlig seksuallovbrudd, har domstolen en plikt til å gå nærmere inn på barnets beste og herunder vurdere den domfeltes personlige forhold. Mitt synspunkt i denne saken er at det kan virke som at Høyesterett har tatt en snarvei og utelatt en viktig drøftelse som domstolen er pliktet til å vektlegge. Mest sannsynlig ville ikke resultatet blitt et annet med tanke på valg av reaksjonsform. Men om det under en slik vurdering kunne kommet frem noen formidlende omstendigheter, som igjen kunne påvirket straffens omfang, er derimot usikkert.

## **6.3 Typiske sakskompleks hvor allmennprevensjon kan bli avgjørende**

De individualpreventive hensyn må veie tyngre enn de allmennpreventive hensyn for å idømme et barn ungdomsstraff.<sup>128</sup> I vurderingen av hvilke hensyn som skal få utslagsgivende vekt, blir handlingens grovhet et sentralt moment. I noen typiske sakskompleks blir det

---

<sup>127</sup> Jfr. HR-2016-1364-A avsnitt 19

<sup>128</sup> Jfr. Prop. 135 L (2010-2011) side 164

nødvendig å markere alvorligheten med en handling, for å tilgodese den alminnelige respekt for det krenkede rettsgodet.<sup>129</sup>

På tross av resultatet i HR-2016-1364-A kom Høyesterett med en viktig bemerkning i forbindelse med utgangspunktet om fengselsstraff som en siste utvei;

«... [d]et er særlig i de sjeldne tilfellene at risikonivået er så høyt at fengselsstraff er nødvendig for å komme i posisjon til å påbegynne atferdsendring, eller at lovbruddet er svært alvorlig, at det likevel kan være nødvendig å idømme ubetinget fengselsstraff ...»<sup>130</sup>

I proposisjonen om barn og straff fremkommer det at selv om barnets beste skal ivaretas og terskelen ligger høyt for å idømme barn en fengselsstraff, vil enkelte lovbrudd likevel «normalt være av en slik alvorlighetsgrad at fengselsstraff vanskelig kan erstattes av alternativer.»<sup>131</sup> Dette vil typisk være tilfellet der barn har begått drap eller alvorlige seksuallovbrudd.<sup>132</sup> I slike tilfeller vil en fengselsstraff være å anse som nødvendig og i samsvar med Grl. § 94 første ledd andre punktum. Også der barn har utøvd vold med døden til følge kan fengselsstraff bli nødvendig.<sup>133</sup> Dette fordi allmennpreventive hensyn og hensynet til den alminnelige rettsoppfatning setter en øvre grense for bruk av ungdomsstraff.<sup>134</sup>

Ved slike alvorlige forbrytelser tolker Høyesterett forarbeidene slik at utgangspunktet endres. «... For slike lovbrudd må det normalt utmåles ubetinget fengselsstraff også om gjerningspersonen er under 18 år. ... Men jeg understreker at forarbeidene ikke kan oppfattes slik at ungdomsstraff er utelukket selv ved alvorlige seksuallovbrudd ...»<sup>135</sup> Om slike alvorlige lovbrudd skal møtes med samfunnsstraff må bero på en skjønnsmessig helhetsvurdering, hvor lovbruddets grovhet og domfeltes alder må stå sentralt.<sup>136</sup> Denne plikten til å foreta en helhetsvurdering innebærer at retten i enhver sak skal trekke inn hensynet til barnets beste som et sentralt moment i vurderingen.

---

<sup>129</sup> Jfr. HR-2016-1364-A avsnitt 37

<sup>130</sup> Jfr. *ibid.* avsnitt 32

<sup>131</sup> Jfr. Prop. 135 L (2010-2011) side 164

<sup>132</sup> Jfr. *ibid.* side 115

<sup>133</sup> Jfr. NOU 2008: 15 side 149

<sup>134</sup> Jfr. Prop. 135 L (2010-2011) side 115

<sup>135</sup> Jfr. HR-2016-1364-A avsnitt 35

<sup>136</sup> Jfr. *ibid.* avsnitt 35

Plikten til å foreta en helhetsvurdering gjelder selv ved meget alvorlige lovbrudd. Selv om terskelen ligger høyt for å idømme barn ubetinget fengsel, kan lovbryterens tidligere opptreden bli avgjørende. I de tilfeller hvor lovbryteren ikke er en førstegangsforbryter, ser man at Høyesterett trekker inn dette som et moment som taler for fengselsstraff.<sup>137</sup> Ved gjentatt kriminalitet kan individualpreventive hensyn tale for en skarpere markering overfor lovbryteren. Motsetningsvis kan også god atferd både før og i etterkant av gjerningstidspunktet brukes som argument for å idømme barnet en frihetsinnskrenkende reaksjonsform.<sup>138</sup>

## **6.4 I hvilken utstrekning kan barn dømmes til ubetinget fengsel?**

Den overordnede problemstillingen for denne avhandlingen er i hvilken utstrekning barn kan dømmes til ubetinget fengsel. Kort oppsummert ser man at denne vurderingen beror på en konkret helhetsvurdering av sakens omstendigheter. Flere regelsett gjør seg gjeldende og påvirker domstolens skjønn under straffutmålingen. Domstolen har på bakgrunn av de gjeldende rettsregler en nokså snever adgang til å idømme et barn ubetinget fengsel.

Den store hovedregel er at barn som straffes skal ilegges en frihetsinnskrenkende reaksjonsform. I de tilfeller hvor det foreligger krenkelse av menneskets fundamentale rettsgoder, typisk ved større integritetskrenkelser, kan bruk av ungdomsstraff bli utelukket da det vil være nødvendig med en frihetsberøvelse. Der en frihetsberøvelse er nødvendig og ikke utgjør et uforholdsmessig inngrep, vil domstolen være konstitusjonelt forpliktet til å utmåle straffen til ubetinget fengsel av en viss varighet.

Den øvre grense for bruk av ungdomsstraff blir der barn har utført alvorlige integritetskrenkelser i form av drap, vold med døden til følge eller alvorlige seksualforbrytelser. Men selv her skal domstolen foreta en skjønnsmessig vurdering hvor lovbruddets grovhet, domfeltes alder og hensynet til barnets beste må stå sentralt. Andre straffbare handlinger vil raskt falle inn under den nedre grensen for fengselsstraff slik at ubetinget fengsel blir uaktuelt overfor barn.

---

<sup>137</sup> Jfr. HR-2018-938-U avsnitt 28

<sup>138</sup> Se HR-2009-1360-A avsnitt 33-41 hvor mindretallet gikk nøyte inn på utviklingen til to av lovbyrterne. Lovbryterens utvikling ble også vektlagt i HR-2010-1849-A avsnitt 17. I den sistnevnte avgjørelsen understreket dommeren også at det var tale om en førstegangsforbryter i avsnitt 19.

Under straffutmålingen der gjerningspersonen er et barn, blir dommerens skjønn meget begrenset med tanke på valg av en frihetsberøvende reaksjonsform. Det skal svært mye til før en fengselsstraff blir aktuell, og det kan dermed konkluderes med at barn i liten utstrekning kan dømmes til ubetinget fengsel.

# Litteraturliste

## Juridisk litteratur

- Andenæs 1996** Andenæs, Johs. Straffen som problem. 2.rev. oppl, Exil (Halden 1996)
- Andenæs mfl. 2016** Andenæs, Johs; Riber-Mohn, Georg Fredrik og Sæther, Knut Erik. Alminnelig strafferett, 6.utgave. Universitetsforlaget (Oslo 2016)
- Andenæs mfl. 2017** Andenæs, Johs. og Fliflet, Arne. Statsforfatningen i Norge, 11. utgave. Universitetsforlaget (Oslo 2017)
- Bugge 2016** Bugge, Hans Christian. Lov, liv og lære: Inge Lorange Backer 70 år. Universitetsforlaget (Oslo 2016)
- Coward 2015** Coward, Kirsti. Tanker om straffutmåling – etter 16 år i høyesterett. *Jussens Venner, 2015 (nr. 01-02) side 81-88.*
- Fornes 2012** Fornes, Ingun. Bruk av samfunnsstraff overfor barn nye tendenser i Høyesteretts praksis. *Lov og rett, 2012 (nr. 2) side 87-103.*
- Fornes 2018** Fornes, Ingun. Straff av barn: Frihetsstraffene og alternativene. Universitetet i Bergen (Bergen 2018)
- Gröning mfl. 2016** Gröning, Linda; Husabø, Erling Johannes; Jacobsen, Jørn. Frihet, forbrytelse og straff. En systematisk fremstilling av norsk strafferett, Fagbokforlaget (Bergen 2016)
- Holmboe 2016** Holmboe, Morten. Fengsel eller frihet. Gyldendal juridisk (Oslo 2016)

<b>Høstmælingen mfl. 2012</b>	Høstmælingen, Njål; Kjørholt, Elin Saga, og Sandberg, Kirsten. Barnekonvensjonen: Barns rettigheter i Norge. Universitetsforlaget (Oslo 2016)
<b>Jacobsen 2004a</b>	Jacobsen, Jørn. Menneskevern eller menneskeverd? Ei innleiing til spørsmålet om allmennprevensjonen sin rettslege legitimitet. Fagbokforlaget (Bergen 2004)
<b>Jacobsen 2004b</b>	Jacobsen, Jørn. Diskusjonen om allmennprevensjonen sin faktiske verknad. <i>Tidsskrift for strafferett</i> , 2004 (nr. 4) side 394-438.
<b>Lydvo 2007</b>	Lydvo, Hilde Magnusson. Barn skal ikke sitte i fengsel. <i>Kritisk juss</i> , 2007 (nr. 01-02) side 32-35.
<b>Martnes 2015</b>	Martnes, Mona. Fengsling av barn i spenning mellom allmennprevensjon og barnets beste. <i>Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål</i> , 2015 (nr. 3) side 239-261.
<b>Müller 2017</b>	Müller, Amrei. En kort innføring i folkerettslig traktattolkning. <i>Jussens Venner</i> , 2017 (nr. 4) side 222-259.
<b>Mæland 2012</b>	Mæland, Henry John. Norsk alminnelig strafferett. Justian (Bergen 2012)
<b>Rui 2014</b>	Rui, Jon Petter. Straffeprosessen i perspektiv. <i>Jussens Venner</i> , 2014 (nr. 6) side 382-443.
<b>Ruud mfl. 2018</b>	Ruud, Morten og Ulfstein, Geir. Innføring i folkerett, 5.utgave. Universitetsforlaget (Oslo 2018)

## **Norske lover**

<b>bl.</b>	Lov 08. april nr. 7 om barn og foreldre (barnelova)
<b>bvl.</b>	Lov 17. juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester (barnevernloven)
<b>Grl.</b>	Lov 17. mai 1814, Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven)
<b>gamle strl.</b>	Lov 22. mai 1902 nr. 10 almindelig borgerlig straffelov (straffeloven) Opph. 01.10.2015
<b>mrl.</b>	Lov 21.mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)
<b>strl.</b>	Lov 20.mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven)
<b>strgjfl.</b>	Lov 18.mai nr. 21 om gjennomføring av straff mv. (straffegjennomføringsloven)
<b>utlendl.</b>	Lov 15.mai nr.35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven)

## **Norske forarbeider og utredninger**

### *Utredninger:*

<b>NOU 1983: 57</b>	NOU 1983: 57 Straffelovgivningen under omforming, Straffelovkommisjonens delutredning 1
<b>NOU 2002: 4</b>	NOU 2002: 4 Ny straffelov, Straffelovkommisjonens delutredning VII
<b>NOU 2003: 15</b>	NOU 2003: 15 Fra bot til bedring: Et mer nyansert og effektivt sanksjonssystem med mindre bruk av straff



**NOU 2008: 15**

NOU 2008: 15 Barn og straff – utviklingsstøtte og kontroll

*Proposisjoner:*

**Ot.prp. nr. 90 (2003-2004)**

Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) Om lov om straff (straffeloven)

**Prop. 97 L (2009-2010)**

Prop. 97 L (2009-2010) Endringer i straffeloven 1902 mv. (skjerping av straffen for drap, annen grov vold og seksuallovbrudd)

**Prop. 135 L (2010-2011)**

Prop. 135 L (2010-2011) Endringer i straffeloven, straffeprosessloven, konfliktrådsloven m.fl. (barn og straff)

*Innstillinger:*

**Innst. O. nr. 72 (2004-2005)**

Innst. O. nr. 72 (2004-2005) Innstilling fra justiskomiteen om lov om straff (straffeloven)

**Innst. S. nr. 64 (2006-2007)**

Innst. S. nr. 64 (2006-2007) Innstilling fra justiskomiteen om alternative straffereaksjonar overfor unge lovbrytarar

**Innst. 83 L (2011-2012)**

Innst. 83 L (2011-2012) Innstilling fra justiskomiteen om lov om endringer i straffeloven, straffeprosessloven, straffegjennomføringsloven, konfliktrådsloven m.fl. (barn og straff)

**Innst. 186 S (2013-2014)**

Innst. 186 S (2013-2014) Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om grunnlovsforslag fra Per-Kristian Foss, Martin Kolberg, Marit Nybakk, Jette F. Christensen, Anders Anundsen, Hallgeir H Langeland, Per Olaf Lundteigen, Geir Jørgen Bekkevold og Trine Skei Grande om grunnlovfesting av sivile og politiske menneskerettigheter, med unntak av romertall X og romertall XXIV

*Annet:*

**Kriminalmeldingen 1978**

St.meld. nr. 104 (1977-1978) Om kriminalpolitikken  
(Kriminalmeldingen 1978)

**NU 1984:2**

NU 1984:2 Nordisk utredningsserie om Straffutmåling

**Menneskerettsutvalget  
(2011-2012)**

Dok.nr.16 (2011-2012) Rapport fra  
Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i  
Grunnloven

**Norsk rettspraksis**

*Høyesterett:*

Rt-1977-1207  
HR-2004-860-A  
HR-2009-1360-A  
HR-2009-1932-A  
HR-2010-2057-P  
HR-2010-1849-A  
HR-2012-109-A  
HR-2012-1228-A

HR-2013-1121-A  
HR-2015-206-A  
HR-2015-289-A  
HR-2015-1757-A  
HR-2016-1364-A  
HR-2018-568-A  
HR-2018-938-U

**Internasjonale rettskilder**

*Traktater og utredninger:*

**BK**

De forente nasjoners internasjonale konvensjon om  
barnets rettigheter (Barnekonvensjonen) av 20.  
november 1989

**EMK**

Konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og  
de grunnleggende friheter (Menneskerettighets-  
konvensjonen) av 4.november 1950

**FN erklæringen om  
menneskerettigheter**

Verdenserklæringen om menneskerettigheter  
(Menneskerettighetserklæringen) av 10.desember 1948

**WK** Wien-konvensjonen om traktatretten (Wien-konvensjonen) av 23. mai 1969

*FNs barnekomite:*

**FNs barnekomite 2007** General Comment No. 10 (2007) Children`s rights in juvenile justice (CRC/C/GC/10)

**FNs barnekomite 2013** General Comment No. 14 (2013) The right of the child to have his or her best interests taken as a primary (art. 3, para. 1) (CRC/C/GC/14)

*Avgjørelser fra Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD):*

**Engel mot Nederland** Engel mfl. mot Nederland, klagenr. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 og 5370/72, dom 8. juni 1976.